كتاب القضاء

تقرير أبحاث

[illegible]

[illegible]

دام ظله الوارف

الجزء الثاني

بقلم

السيد علي الحسيني الميلاني

بسم الله الرحمن الرحیم

کتاب القضاء

کاتب:

آیت الله علی حسینی میلانی

نشرت فی الطباعة:

محمود شریعت المهدوی

رقمی الناشر:

مرکز القائمیة باصفهان للتحریات الکمبیوتریة

الفهرس

كتاب القضاء المجلد ٢

اشاره

سرشناسه : حسینی میلانی، سیدعلی، ۱۳۲۶ -

عنوان و نام پدیدآور : کتاب القضاء/ السید علی الحسینی المیلانی

مشخصات نشر : قم: شریعت، ۱۴۱۳ق.= -۱۳۷۱

مشخصات ظاهری : ج۲.

وضعیت فهرست نویسی : برون سپاری

یادداشت : عربی.

یادداشت : چاپ اول: ۱۴۰۱ق.= ۱۳۵۹، چاپ دوم: ۱۴۱۳ق.= ۱۳۷۱.

یادداشت : کتابنامه به صورت زیرنویس.

مندرجات : ج. ۱. قضا و اوصاف قاضی.

موضوع : زبان عربی -- معانی و بیان -- اصطلاح ها و تعبیرها

رده بندی کنگره : PJA۲۰۲۸/ح۵۴ق۶ ۱۳۷۱

رده بندی دیویی : ۸۰۸/۰۴۹۲۷

ص: ۱

تتمه کتاب القضاء

الکلام فی:کتاب قاض إلی قاض

اشاره

ص:۷

اعلم أن حكم الحاكم موضوع لاحكام بالنسبه إلى الحكّام الآخرين، كوجوب الإنفاذ فى بعض الموارد، و عدم جوازه فى بعض الموارد، و وجوب التفحص عن دليله فى موارد، و عدم جوازه فى أخرى.

ثم الحكم الذى يصدره الحاكم، يمكن إنهاؤه الى الحكام الآخرين: بالقول، و بالكتابه، و بشهاده العدلين، و بإقرار المحكوم عليه بذلك الحكم.

حكم إنهاء الحكم بالكتابه:

و بالنسبه إلى إنهائه بالكتابه قال المحقق: «أما الكتابه فلا عبره بها» .

أى: فلا تكون موضوعا لشىء من الاحكام، قال: «لإمكان التشبيه» . و هذا التعليل يتوجه فى عصرنا بالنسبه إلى الاحكام التى يصدرها الحكام، أو ينهونها بواسطه الهاتف أيضا، لإمكان التشبيه فى الصوت بسهوله جدا.

و أضاف فى الجواهر: «و عدم القصد إلى الحقيقه و عدم الدليل شرعا على اعتبار دلالتها» .

و قد ادعى الإجماع على عدم العبره بالكتابه، و حكى عن بعضهم نفى الخلاف فيه، و قيل: لا مخالف إلا أبو على الإسكافى، و الأردبيلى حيث اعتبرها فى

صوره العلم بالكتابه، و كونه قاصدا لمعناها، قال: و لهذا جاز العمل بالمكاتبه فى الروايه، و أخذ المسأله و العلم، و الحديث من الكتاب المصحح عند الشيخ المعتمد، و لانه قد يحصل منها ظن أقوى من الظن الحاصل من الشاهدين، بل يحصل منها الظن المتاخم للعلم، بل العلم مع الأمن من التزوير، و أنه كتب قاصدا للمدلول، و حينئذ يكون مثل الخبر المحفوف بالقرائن المفيده للعلم بأن القاضى الفلانى الذى حكمه مقبول حكم بكذا، فإنه يجب إنفاذه و إجراؤه من غير توقف، و يكون ذلك مقصود ابن الجنيد، و يمكن أن لا ينازعه فيه أحد، بل يكون مقصودهم الصوره التى لم يؤمن فيها التزوير، أو لم يعلم قصد الكاتب اراده مدلول الرسم.

و أجاب عنه فى الرياض بقوله: و فيه نظر، لان ذلك فرع قيام دليل قاطع على جواز العمل بالظن مطلقا، و لم نجده فى نحو محل البحث، مما يتعلق بموضوعات الاحكام التى لم تتوقف عليها مطلقا، و لو كان الظن للعلم متاخما، و مجرد كون الظن بالكتابه أقوى من الظن الحاصل من شهاده الشاهدين لا يوجب قطعيته، و لا حجيته الا على تقدير أن تكون حجيتها من حيث افادتها المظنه و هو ممنوع، بل كلمه القائلين بحجيتها و سماعها هنا مطبقه على أنها من جهه الأدله الأربعه التى سيأتى ذكرها، و هى أدله قاطعه أو ظنيه ظنا مخصوصا مجمعا عليه، و مثلها لم يقم على اعتبار ظن الكتابه، بعد إمكان دفع الضروره التى هى الأصل فى تلك الأدله، بالشهاده على الحكم و اقامه البينه و إنفاذ الحاكم الثانى الحكم بها.

و على الجمله، لو كان السبب لاعتبار شهاده الشاهدين هو افادتها المظنه أمكن ما ذكره، أما لو كان قضاء الضروره و غيره مما هو كالدليل القاطع فلا وجه له و لا لقياس الكتابه بالشهاده، و لا بالاكتفاء بالروايه المكاتبه، و أخذ المسأله، و نحوهما مما ذكره، لان مستند الاكتفاء بهذه الأمور المعدوده فى نحو الأحكام الشرعيه انما هو من حيث قضاء الضروره، و انسداد باب العلم بها بالكليه، و عدم إمكان تحصيلها الا بالمظنه، و ان عدم اعتبارها حينئذ يوجب اما الخروج عن

التكليف، أو التكليف بما لا يطاق، و هما ممتنعان قطعا، عقلا و شرعا، و هذا السبب يختص بها دون ما نحن فيه مما لم ينسد فيه باب العلم.

و قال فى الجواهر بعد كلام الأردبيلى المذكور: التحقيق: أن الكتابه من حيث أنها كتابه لا دليل على حجيتها قطعا مطلقا سواء فى إقرار و غيره، بل عن ابن إدريس فى نوادر القضاء التصريح بأنه لا يجوز للمستفتى أن يرجع الا الى قول المفتى دون ما يجده بخطّه-الى ان قال-بغير خلاف من محصل ضابط لأصول الفقه، و بنى على ذلك عدم حجيه المكاتبه، قال: لأن الراوى للكتابه ما سمع الامام يقول، و لا شهد عنده شهوده أنه قال، و ان كان فيه ما ستعرف.

نعم إذا قامت القرائن الحاليه و غيرها على اراده الكاتب بكتابته مدلول اللفظ المستفاد من رسمها، فالظاهر جواز العمل بها، للسيره المستمره فى الأعصار و الأمصار على ذلك، بل يمكن دعوى الضروره على ذلك، خصوصا مع ملاحظه عمل العلماء فى نسبتهم الخلاف و الوفاق، و نقلهم الإجماع و غيره فى كتبهم المعول عليها بين العلماء. و لكن مقتضى ذلك أن تكون الكتابه فيما نحن فيه-بعد انتفاء احتمال التزوير و عدم القصد و غيرهما من الاحتمالات-بمنزله اخباره بالحكم، فان قلنا بقبوله قبلت و الا فلا.

و ربما أشعر التعليل الأول فى عباره المصنف، و الثانى فى عباره غيره بإراده غير هذا الفرد من الكتابه، كما انه يمكن حمل كلام ابن الجنيد و من وافقه على ما ذكرنا فيعود النزاع لفظيا.

و تحمل الروايتان على العمل بالحكم بالكتابه، بمعنى إيجاد الحكم بها باللفظ، لا على العمل بها من حيث انها كتابه، إذ من المعلوم عدم دلالتها على كونها منه، و أنه قصد بها معنى اللفظ المستفاد من رسمها.

قلت: و التحقيق هو النظر فى الجهات الموجبه للشك بحجيه الكتابه و المفرقه بينها و بين القول، و الذى يوجب الشك فى الاعتبار ليس الا احتمال الكذب،

أو احتمال السهو و النسيان، أو احتمال عدم القصد، أما الأول فالمفروض عدمه للوثاقه، و أما غيره من الاحتمالات فكلها منتفيه بالأصل.

و الفرق بين القول و الكتابه هو: مجیء احتمال التشبيه فی الثانی دون الأول، و لذا لم يذكر المحقق غير هذا الاحتمال لعدم العبره بالكتابه، و ان كان احتمال عدم القصد فی الكتابه أقوى منه فی القول، لكنه يندفع بالأصل كما تقدم، و يندفع أيضا بالعلم بالكتابه و كونها خط فلان.

و أضاف فی السرائر: احتمال التزوير، و هو-كما فی مجمع البحرين-:

تزيين الكذب. و لكن هذا الاحتمال مشترك بين القول و الكتابه.

و أما الإجماع المدعى فهو منقول، و تبقى الروايتان:

١-عن السكونى عن جعفر عن أبيه عن على عليه السّلام: «انه كان لا يجيز كتاب قاض الى قاض، فی حد و لا غيره حتى وليت بنوا أميه، فأجازوا بالبينات» (١).

٢-عن طلحه بن زيد عن جعفر عن أبيه عن على عليه السّلام مثلها (٢).

و هما-بناء على اعتبارهما بعمل الأصحاب (١)-محمولتان على أن ذلك كان منه عليه السّلام فی مورد عدم حصول الاطمئنان بالكتابه، و قصد كاتبها لما كتبه.

فالعمده فی الاستدلال على عدم العبره بالكتابه هو عدم الدليل النقلى على

١- ١) وسائل الشيعه ١٨-٢١٨، الباب:٢٨.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٨-٢١٨، الباب:٢٨.

العبره بها، إلا أنا نستدل بالسيره العقلائيه القائمه على الاعتبار فى حال الوثوق و الاطمئنان، و لا رادع عن هذه السيره، و الروايتان قد عرفت حملهما على مورد خاص.

و الحاصل: ان الاحتمالات مشتركه بين القول و الكتابه، فحيث تنتفى عن الكتابه قبلت كالقول بلا فرق.

حكم إنهاء الحكم بالقول مشافهه:

قال المحقق «قده» : «و أما القول مشافهه فهو أن يقول للآخر: حكمت بكذا أو أنفذت أو أمصيت، ففى القضاء به تردد، نص الشيخ فى الخلاف: أنه لا يقبل» .

أقول: المراد من «القضاء به» هو إنفاذ الحاكم الثانى إياه، و وجه التردد هو: أن هذا خبر واحد عن الموضوع، و فى اعتباره بحث و خلاف، و لعلّ مذهب الأكثر هو العدم و لزوم قيام البينه، و لكن يشكل فيه من جهه أن خبر الواحد عن الموضوع المحول الى المخبر، و الذى لا ـ يعلم الا من قبله يعتمد عليه، فلو و كلّ أحدا فى طلاق زوجته فأخبره بإجراء الصيغه اعتمد على خبره، و لو أعطى الثوب المتنجس لان يغسله فأخبره عن تطهيره إياه اعتمد عليه، و لو أخبر الأجير فى الصلاه عن الميت عن أنه قد صلى كان خبره حجه (١). فالقضاء من هذا

القبیل، فالأظهر هو القبول.

حکم إنهاء الحکم بالشهاده:

قال المحقق «قده» : «و أما الشهاده، فإن شهدت البینه بالحکم، و بإشهاده إیاهما علی حکمه، تعین القبول» .

قال فی الجواهر: لعله لعموم ما دل علی وجوب قبول حکمه الذی هو من حکمهم علیهم السّلام، و لذا کان الراد علیه رادا علیهم، و ما دل علی حجیه البینه.

ثم ان المحقق «قده» ذکر أن تکون الشهاده علی الحکم و علی الاشهاد معا احتیاطا، و ذلک لان الحاضر فی مجلس الحکم قد لا یلتفت الی ما وقع مع خصوصیاته، لکن عند ما یشهد علی الأمر یصغی الیه و یلتفت التفاتا کاملا، فتکون شهادته حینئذ أتم.

و قد ذکر المحقق لما ذهب الیه من تعین قبول الشهاده وجوها أربعه، فالأول ما ذکره بقوله: «لان ذلک مما تمس الحاجه إلیه، إذ احتیاج أرباب الحقوق إلی إثباتها فی البلاد المتباعده غالب، و تکلیف شهود الأصل التنقل متعذر أو متعسر، فلا بد من وسیله إلی استیفائها مع تباعد الغرماء، و لا وسیله إلا رفع الاحکام الی الحکام، و أتم ذلک احتیاطا ما حررناه.

لا یقال: یتوصل الی ذلک بالشهاده علی شهود الأصل.

لأنّا نقول: قد لا یساعد شهود الفرع علی التنقل و الشهاده الثالثه لا تسمع» .

أقول: و أیضا الشهاده علی الشهاده لا تسمع مع إمکان الشهاده علی الأصل، و لذا قال بعضهم بأنه مع عدم إمکان الشهاده علی الأصل، یجوز الحکم طبق الشهاده علی الشهاده، کما یجوز علی نفس الشهاده علی الأصل، بخلاف الشهاده علی الحکم فإنها تسمع و لو مع إمکان الشهاده علی الأصل.

ص:۱۴

و أيضا: الشهاده على الشهاده لا تسمع فى الحدود، بخلاف الشهاده على الحكم فإنها حجه فيها أيضا.

و لا تقبل الشـهاده على الشـهاده الإمره واحده، و أما إنفاذ الحكم فيسـتمر باسـتمرار الزمان، ففيما لا تكون الشـهاده على الشـهاده حجه لا محيص لرفع الحوائج و فصل الخصومات الا بإنفاذ الحكم.

و إذ لا يشترط فى الشـهاده على حكم الحاكم عدم إمكان الشهاده على الأصل، فإن للحاكم الثانى استماع الشهود فى القضيه من جديـد، و لـه أن يحكم اسـتنادا إلى الشـهاده على حكم الأـول، كمـا أن له اجراء الحـد اسـتنادا إلى الشـهاده على الحكم، لعـدم اختصاصها بغير الحدود.

هذا توضيح ما قرره صاحب الجواهر فى شرح عباره المحقق فى جواب لا يقال.

و صـاحب المسالك قرره بنحو آخر و هو: أن فى الشـهاده على الشـهاده قصورا عن الشـهاده على الحكم، لأنها لا تسـمع إلا مره واحده، بخلاف الشـهاده على الحكم، فإنها تسـمع فى الثالثه. و توضـيح ذلك: ان الشهاده على الأصل هى المرتبه الأولى لإثبات المـدعى، و المرتبه الثـانيه هى الشـهاده على الشـهاده بعـد تعـذر الشـهاده على الأصـل، و حجيتها مخصوصه بتلك المرتبه، و أما الشهاده على الحكم التى هى فى المرتبه الثانيه عن شهاده الأصل فلا تختص حجيتها بتلك المرتبه، بل الشهاده على الشهاده على الحكم حجه أيضا و هى المرتبه الثالثه. انتهى.

لكن هذا فى الحكم الأول المسـتند إلى الشـهاده على الأصل، و صاحب المسالك لم يتعرض للشـهاده على حكم الحاكم الثانى المستند إلى الشهاده على الشهاده، و المستند إلى الشهاده على الحكم المستمر باستمرار الزمان. فظهر أن كلا التقريرين صحيح.

فالجواهر نبّه على الفرق بين الشـهاده على الحكم، و الشـهاده على الشـهاده، و المسالك نبه على قصور الشهاده على الشهاده عن الشهاده على الحكم بمرتبه، لكن الأول مشتمل على فوائد أكثر.

ص:١٥

قال فی الجواهر: ان ما ذکره صاحب المسالک فرض نادر، قلت: و لیکن نادرا، فان الشارع جعل طریقا لفصل الخصومه فیه أیضا من باب اللطف.

و ظاهر هذا الوجه الأول هو التعلیل لثبوت الحکم، و إذ ثبت و وصل الی الحاکم الثانی وجب القبول و الإنفاذ، لأن ملاک الثبوت و القبول هو ما ذکره من التعلیل المذکور.

و الوجه الثانی ما ذکره بقوله: «و لانه لو لم یشرع إنهاء الاحکام بطلت الحجج مع تطاول المدد» .

أی: الحکم بالإنفاذ موقوف علی أمرین: أحدهما: قبوله الحکم. و الثانی:

کون الحکم و أصلا إلیه بطریق مشروع، و لو لم یکن الوصول بالبینه مشروعا لبطلت الحجج. قال فی المسالک: لان الحاکم یموت فیبطل حکمه. قلت: یعنی ان الحکم لا یبطل بالموت لانه لیس کالوکاله مثلا، بل المراد ان الحکم یبقی بلا أثر، إذ لا طریق إلی إثباته مع عدم اعتبار البینه. قال: فان الشهود تصیر طبقه ثانیه بعده، فإذا أنفذ حکمه بشهاداتهم طال زمان نفوذ الحجه و الانتفاع، و هلم جرا بالنسبه إلی الحاکم الثانی و الثالث، فیستمر الانتفاع بالحجه. أقول: یحتمل أن یکون مراده أن الشهاده علی الإنفاذ یستمر أثرها، و یحتمل أن یکون المراد هو الشهاده علی الشهاده فیکون فی المره الثالثه بلا أثر. و الظاهر هو الأول.

هذا، و لا نص فی مورد هذا الوجه الثانی، بل هو مقتضی عمومات أدله القضاء و نفوذ حکم الحاکم.

و الوجه الثالث: ما ذکره بقوله: «و لان المنع من ذلک یؤدی الی استمرار الخصومه فی الواقعه الواحده، بأن یرافعه المحکوم علیه الی آخر، فان لم ینفذ الثانی ما حکم به الأول اتصلت المنازعه» .

أقول: ان الغرض، من جعل الحاکم هو الفصل بین الخصومات، فلو لم ینفذ حکم الحاکم الأول من قبل الثانی لزم تفویت الغرض، و لکن تمامیه هذا الوجه

تتوقف على ثبوت حکم الأول بطريق مشروع.

و الوجه الرابع ما ذکره بقوله: «و لان الغريمين لو تصادقا ان حاکما حکم عليهما ألزمهما الحاکم ما حکم به الأول، فکذا لو قامت البينه، لأنها تثبت ما لو أقربه الغريم ألزم به» .

يعنى: ان إقرار المحکوم موجب لثبوت الحکم، و حينئذ يجب عليه ترتيب الأثر على الحکم، و البينه تثبت ما يثبته الإقرار.

أقول: ان الحاکم الثانى عند ما يريد إنفاذ حکم الأول لا بدله من ثبوت الحکم عنده و ثبوت وجوب الإنفاذ عليه، و قد اشتملت هذه الوجوه الأربعه على دليل الأمرين معا.

و قال صاحب الجواهر قدس سره: ان هذه الأدله الأربعه يظهر من بعضها انها مساقه بثلاث الاکتفاء بالشهاده فى إثبات حکم الحاکم، و من آخر أنه مساق لإثبات مشروعيه حکم الحاکم الأخر بإنفاذ ما حکم به الأول، الا أن الاولى الاستناد فى إثبات الأول إلى عموم دليل حجيه البينه و القضاء بها، و فى الثانى إلى عموم حکم الحاکم، و أن الراد عليه راد علينا، و أن حکمه حکمهم، و ما ندرى أن النزاع فى أى المقامين، لان کلامهم مشوش.

و يشکل عليه بأن مقتضى الدليل عدم جواز الرد، لا وجوب الإنفاذ.

و فيه: أن وجوب الإنفاذ هو مقتضى عمومات وجوب القضاء لفصل الخصومه.

دليل المنع من العمل بکتاب قاض الى قاض و رده:

قال المحقق قده: «لا يقال: فتوى الأصحاب أنه لا يجوز کتاب قاض الى قاض و لا العمل به، و روايه طلحه بن زيد و السکونى عن أبى عبد اللّه عليه السّلام: انّ علينا عليه السّلام کان لا يجيز کتاب قاض الى قاض لا فى حدّ و لا غيره، حتى و ليت بنو أميه، فأجازوا بالبينات.

لأنا نجيب: عن الأول بمنع دعوى الإجماع على خلاف موضع النزاع،

لان المنع من العمل بكتاب قاض الى قاض ليس منعا من العمل بحكم الحاكم مع ثبوته.

و نحن نقول: فلا عبره عندنا بالكتاب مختوما كان أو مفتوحا، و الى جواز ما ذكرنا أومأ الشيخ أبو جعفر رحمه اللّه فى الخلاف.

و نجيب عن الروايه: بالطعن فى سندها، فإن طلحه بترى و السكونى عامى، و مع تسليمها نقول بموجبها، فانّا لا نعمل بالكتاب أصلا، و لو شهد به فكأنّ الكتاب ملغى» .

أقول: هذا جواب المحقق عما يمكن الاستدلال به لمنع العمل بكتاب قاض الى قاض.

فالأول: الإجماع، و قد أجاب عنه بمنع قيامه على موضع النزاع، و توضيح الجواب هو: ان الإجماع ان كان فمعقده المنع من العمل بكتاب قاض الى قاض آخر، لا عدم العمل بحكم الحاكم الثابت بشهاده العدلين مثلا، لا سيما مع إشهاد الحاكم إيّاهما حين إصداره الحكم.

و بالجمله فإن معقده هو المنع من العمل بالكتاب من حيث أنّه كتاب، و أما مع ثبوت الحكم عند الثانى فلا ريب فى وجوب إنفاذه.

و الثانى: الروايتان. و قد أجاب عنهما بالطعن فى السند قال: فإن طلحه بترى و السكونى عامى (١).

ص:١٨

قـال: و مع تسـليمها من حيث السـند نقول بموجبهـا، فانّا لا نعمل بالكتاب أصـلا و لو شـهدا به، فكان الكتاب ملغى، بل عملنا هو بالحكم الذى قامت عليه البينه.

و ممـا يمكن الاسـتدلال به للمنع هو: ان حكم الحـاكم الثـانى خروج عن قانون القضاء، لأن أدله القضاء جعلت الميزان الشـرعى المقرر له فى البينه و اليمين، فإذا حكم هذا الحاكم كان حكمه لا عن طريق البينه و اليمين.

و الجواب عنه: ان المراد من حكم الثـانى ليس إنشـاء الحكم بأصل الـدعوى، كالحكم بملكيه زيـد للـدار أو زوجيه هنـد له، بل الغرض حكمه بوجـوب اتبـاع حكم الحـاكم الأـول، و هـذا فى الحقيقه إقرار و إثبـات لحكم الأـول و إنفـاذ له، و الظـاهر اتفـاق الأصحاب على وجوب إنفاذ حكم الفقيه الجامع لشرائط الفتوى على الفقهاء الآخرين.

لا يعتبر الاشهاد فى هذه الشهاده.

ثم هـل يعتـبر فى هـذه الشـهاده أن تكـون مع إشـهاد الحـاكم للشاهـدين على حكمه مطلقـا، أو مع حضورهمـا مجلس الحكم و سماعهما لفظ الحاكم؟ .

الظاهر عدم اعتبار شىء من ذلك، فان مقتضى إطلاق أدله حجيه البينه سماع

ص:١٩

هذه الشهاده، و لا يعتبر فى قبولها الاشهاد، و لا حضور المجلس مطلقا.

على أنا لا نجد فرقا بين هذه الشهاده و غيرها، و دعوى عدم الخلاف فى اعتبار الاشهاد فى هذا المقام كما عن صاحب الرياض «قده» كما ترى. نعم ينبغى قيام الحاكم بالإشهاد احتياط كما ذكر المحقق «قده» .

قصر العمل بالكتاب على حقوق الناس:

قال المحقق: «إذا عرفت هذا فالعمل بذلك مقصور على حقوق الناس دون الحدود و غيرها من حقوق اللّه» .

أقول: و على هذا فلو أراد الحاكم الثانى الحكم بالحد توقف على ثبوت موجبه عنده، بحسب الموازين الشرعيه المقرره للثبوت بالنسبه الى كل موجب للحد، و لا يكفى ثبوته عند الحاكم الأول لأن يحكم به، نعم له اجراء الحد بعنوان تنفيذ حكم الأول، فإن للحاكم الأول اجراء الحد بنفسه أو يأمر غيره به مجتهدا كان المأمور أو مقلدا.

و دليل هذا القصر هو الإجماع، و قوله عليه السّلام: «الحدود تدرأ بالشبهات» و قد أشكل على الاستدلال بالخبر المذكور بأنه لا شبهه مع قيام البينه المعتبره فلا يدرأ الحد، و يمكن دفعه بأن البينه قامت عند الحاكم الأول، و قيامها تقتضى إلغاءه الشك و الشبهه، و أما الحاكم الثانى فلم تقم عنده البينه، فالشبهه باقيه بالنسبه إليه فليس له الحكم.

ما ينهى إلى الحاكم:

قال المحقق قدس سره: «و ما ينهى إلى الحاكم أمران: أحدهما: حكم وقع بين المتخاصمين. و الثانى: إثبات دعوى مدع على غائب.

أما الأول: فإن حضر شاهدا الإنهاء خصومه الخصمين و سمعا ما حكم به الحاكم و أشهدهما على حكمه، ثم شهدا بالحكم عند الأخر، ثبت بشهادتهما حكم

ذلک الحاکم و أنفذ ما ثبت عنده، لا انه یحکم بصحه الحکم فی نفس الأمر، إذ لا علم له بذلک، بل الفائده فیه قطع خصومه الخصمین لو عاودا المنازعه فی تلک الواقعه.

و ان لم یحضر الخصومه فحکی لهما الواقعه و صوره الحکم، و سمّی المتحاکمین بأسمائهما و آبائهما و صفاتهما و أشهدهما علی الحکم ففیه تردد، و القبول أولی، لان حکمه کما کان ماضیا کان أخباره ماضیا» .

أقول: ان الذی ینهاه الحاکم الأول بالکتاب الی الحاکم الثانی أمران:

أحدهما: الحکم الذی حکم به بین المتخاصمین: فان حضر شاهدا الإنهاء مجلس التخاصم و سمعا ما حکم به الحاکم فی الواقعه بل و أشهدهما علی حکمه ثم جاءا فشهدا بحکم الحاکم الأول عند الثانی فإنه یثبت بذلک حکم ذلک الحاکم، و علی الثانی إنفاذه و فصل الخصومه المتجدده بین الخصمین فی نفس تلک الواقعه، و لیس له الحکم بصحه حکم الأول فی الواقع لانه لا علم له بذلک، و قد نهی الشارع عن القول بلا علم.

و ان لم یحضر شاهدا الإنهاء مجلس التخاصم، بل حکی الحاکم الأول لهما الواقعه شارحا صوره النزاع و حضور المتنازعین عنده و صوره حکمه، و ذکر المتحاکمین بأسمائهما و أسماء آبائهما و صفاتهما المشخصه، و أشهد الشاهدین علی حکمه ففی ثبوت الحکم بشهادتهما عند الحاکم الثانی تردد عند المحقق قده لکن قال «و القبول أولی» قال فی الجواهر: «وفاقا للأکثر، بل لم أجد فیه خلافا سوی ما یحکی عن الشیخ فی الخلاف، بل قیل: انه ظاهره دعوی الإجماع علیه، الا أنی لم أجد من وافقه علیه سوی بعض متأخری المتأخرین، بناء منهم علی أن الأصل یقتضی عدم جواز الإنفاذ فی غیر صوره القطع لانه قول بغیر علم، خرج ما خرج و بقی ما بقی» و قد رجح المحقق هنا القبول بعد التردد-بخلاف مسأله الإنهاء بالقول مشافهه

حيث تردد فيها بلا ترجيح، حيث قال: «و اما القول مشافهه فهو أن يقول للآخر: حكمت بكذا أو أنفذت أو أمضيت، ففى القضاء به تردد، نص الشيخ فى الخلاف انه لا يقبل» و هو كذلك، لما ذكرنا سابقا من حجيه قوله فيما هو مرجوع اليه و محول عليه و لا يعرف الا من قبله، فإذا أخبر بأنى قد حكمت بكذا و اشهد الشاهدين على ذلك كان إخباره حجه كما لو سمعا بأنفسهما الحكم منه، و كما يلغى احتمال عدم قصده للحكم بالنسبه إلى الإنشاء المسموع منه فكذلك يلغى احتمال الخلاف بالنسبه إلى اخباره عن ثبوت حكمه، و بذلك ينقطع الأصل الذى تمسك به المانعون.

قال المحقق: «و أما الثانى-و هو إثبات دعوى المدعى-فان حضر الشاهدان الدعوى و اقامه الشهاده و الحكم بما شهدا به و أشهدهما على نفسه بالحكم و شهدا بذلك عند الأخر، قبلها و أنفذ الحكم، و لو لم يحضروا الواقعه و أشهدهما بما صورته:

ان فلان ابن فلان الفلانى. ادعى على فلان بن فلان بن الفانى كذا، و شهد له بدعواه فلان و فلان، و يذكر عدالتهما أو تزكيتهما، فحكمت أو أمضيت، ففى الحكم به تردد مع ان القبول أرجح، خصوصا مع إحضار الكتاب المتضمن للدعوى و شهاده الشهود» .

أقول: هذا هو الأمر الثانى، و هو أيضا على قسمين، فالأول: أن يحضر الشاهدان مجلس الحكم على الغائب و يشهدهما الحاكم عليه، فإذا شهدا بذلك عند الحاكم الثانى ثبت الحكم و كان على الثانى إنفاذه.

و الثانى: ان لا يحضر الشاهدان الدعوى بل يخبرهما الحاكم الأول بها و بحكمه فى الواقعه مع ذكر اسم المدعى و المدعى عليه و تعريفهما، كأن يخبرهما و يشهدهما بما صورته ان فلان بن فلان الفلانى ادعى على فلان بن فلان الفلانى كذا و شهد له بدعواه شاهدان عادلان و هما فلان و فلان فحكمت و أمضيت، فهل يقبل الحاكم الثانى هذه الشهاده و يحكم بذلك؟ تردد فيه المحقق ثم رجح القبول على نحو ما عرفته فى المسأله السابقه، خصوصا مع إحضار الكتاب المتضمن للدعوى

و شهاده الشهود. لكن لما كان الغائب على حجته إذا قدم فإنه ينبغى ضبط أسماء الشهود ليتمكن من الجرح و نحوه، و كذا غير ذلك مما له مدخليه فى بقاء الخصم الغائب على حجته.

هذا كله فى الحكم.

حكم إنفاذ الثبوت لو أخبر الأول به:

قال المحقق قده: «أما لو أخبر حاكما آخر بأنه ثبت عنده كذا لم يحكم به الثانى، و ليس كذلك لو قال «حكمت» فان فيه ترددا» .

أقول: و أما لو أخبر الحاكم الأول الثانى بثبوت الدعوى عنده، أو قال بعد سماع الدعوى و شهاده الشاهدين «ثبت عندى كذا» فلا يجوز للثانى أن يحكم به أو يقول «ثبت عندى كذا» ، لعدم الثبوت عنده، و لا أن يقول: «أنفذت حكمه» لأن الثبوت ليس حكما كى يندرج فى أدله الإنفاذ.

و بالجمله فإن موضوع وجوب الإنفاذ هو «الحكم» لا «الثبوت» .

قال عليه السّلام: «فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فإنما استخف بحكم اللّه و علينا ردّ و الراد علينا الراد على اللّه، و هو على حدّ الشرك باللّه» (1).

اللهم إلا إذا حصل الاطمئنان بثبوت الأمر عند الحاكم أو الحكام الآخرين و سائر الناس، و لذا كان عيد الفطر يثبت فى أيام شيخنا الأستاذ (1)بقوله: «ثبت عندى» . و كان رحمه اللّه لا يحكم لانه لم يكن يرى-تبعا لبعض مشايخه-ولايه للحاكم فى مثل ذلك.

ثم انه قد ذهب بعض الأصحاب-على ما حكاه فى المسالك-الى اختصاص الحكم بما إذا كان بين الحاكمين وساطه و هم الشهود على حكم الأول، فلو كان الحاكمان مجتمعين و أشهد أحدهما الأخر على ذلك لم يصح إنفاذه، لأن هذا

1- 1) وسائل الشيعه 18-98 الباب:11 من أبواب صفات القاضى.

ليس من محل الضروره المسوغه للإنفاذ المخالف للأصل.

و أجاب عنه فى الجواهر بأن ذلك ليس قولا لأحد من أصحابنا و لم نعرف أحدا حكاه غيره، و بأن الضروره المذكوره فى الدليل انما هى حكمه أصل المشروعيه للإنفاذ لا أنها عله يدور الحكم مدارها وجودا و عدما، و بأن الضروره قد تتحقق فيه لقطع الخصومه مع عدم الكون فى البلاد المتباعده من الحاكم الأول.

حقيقه الإنفاذ

هذا و ليس «الإنفاذ» إرشادا إلى العمل بحكم الحاكم الأول فقط، كما هو الشأن فى عمل نقله فتاوى الفقهاء و إرشادهم العوام الى العمل بفتاوى مقلديهم، بل ان المراد من الإنفاذ حكم الثانى بوجوب اطاعه حكم الأول و لزوم تطبيقه حتى ينقطع النزاع، بغض النظر عن صحته و سقمه، فله أن يقول: يجب امتثال الحكم بكون المال لزيد و ان كنت لا أعلم بصحه هذا الحكم. هذا ما تفيده ظواهر كلمات القوم.

و الدليل عليه قوله عليه السّلام: «فإذا حكم.» . و ليس من باب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، و لذا يكون فاصلا للخصومه، و لو كان من ذلك الباب لما كان كذلك.

لكن يمكن أن يقال بأن للحاكم الثانى أن يجعل حكم الأول حجه فى الحكم كما يحكم استنادا إلى البينه مثلا، فله أن يحكم فى أصل القضيه حكما من عنده استنادا الى انظر الأول فى الواقعه و حكمه فيها، و لا ينافيه ظاهر الحصر فى قوله صلّى اللّه عليه و آله «إنما أقضى بينكم بالبينات و الايمان» لجواز حمله على الحصر الإضافى، و قد أجاز ذلك المحقق النراقى و منعه المشهور مستدلين بأن هذا الحكم قول بغير علم، إذ المفروض عدم علمه بكون المال لزيد مثلا، و بأن المفروض جهله بملاك حكم الأول فمن الجائز أنه لو علم به لخالفه، و على هذا فليس له الحكم به، كما لا يجوز له الحكم بصحته أو موافقته للواقع.

و استدل النراقى بأن حكم الحاكم الأول حكم اللّه فى الواقعه، لأدله حجيه

حکم الحاکم، فهو حجه، و حینئذ فکما یجوز للحاکم الثانی الاستناد إلی البینه و الیمین و نحوهما من الحجج، کذلک له ان یستند الی هذه الحجه، فیحکم علی طبق حکم الأول حکما مستقلا کما له أن ینفذه.

و الأقوی ما ذهب الیه الا ـ ان یکون إجماع علی خلافه، لکن الأحوط فی المقام هو إنفاذ حکم الأول و عدم الحکم بنفسه فی الواقعه.

صوره الإنهاء:

قال المحقق قدس سره: «و صوره الإنهاء: أن یقص الشاهدان ما شاهداه من الواقعه، و ما سمعاه من لفظ الحاکم، و یقولا: و أشهدنا علی نفسه أنه حکم بذلک و أمضاه، و لو أحالا علی الکتاب بعد قراءته و قالا: أشهدنا الحاکم فلان علی نفسه أنه حکم بذلک جاز» .

أقول: أی ان تحقق الإنهاء یکون بشرح الشاهدین کل ما شاهداه من الواقعه فی مجلس الحکم من حضور المتخاصمین و دعوی المدعی و إنکار المدعی علیه ثمّ اقامه الأول البینه علی دعواه، ثم بحکایه لفظ الحکم الذی أصدره الحاکم و التصریح بإشهاد. إیاهما علی حکمه.

و یقوم مقام هذا کله احالتهما الحاکم الثانی علی الکتاب الذی کتبه الحاکم الأول بالواقعه بعد قراءته و أن یقولا: أشهدنا الحاکم انه حکم بذلک.

قال المحقق: «و لا ـ بد من ضبط الشیء المشهود به بما یرفع الجهاله عنه، و لو اشتبه علی الثانی أوقف الحکم حتی یوضحه المدعی» .

أقول: هذا من شرائط الإنهاء بالشهاده، فلا بد من أن یکون الأمر الذی یشهدان به مضبوطا من الشاهدین معینا بجمیع جهاته و شئونه بحیث ترتفع الجهاله عنه، فلو کان مورد الدعوی غصب مال مثلا و أرادا الشهاده بذلک لزم أن یکونا عالمین بخصوصیات الواقعه من زمان الغصب و مکانه و غیر ذلک بحیث ترتفع الجهاله و الا

لم يسمع الثانى شهادتهما بل يجب عليه إيقاف الحكم الى أن يتضح الأمر و يرتفع الاشتباه.

و لاـ خصوصيه لتوضيح المدعى-و ان قال المحقق: «حتى يوضحه المدعى» - بل يكفى وضوحه من أينما كان. نعم بما أن المدعى هو الذى يدعى شيئا و يطلب من الحاكم النظر فى دعواه فهو المخاطب بإثبات ما يدعيه بطريق شرعى كشهاده غير الأولين على تفصيله أو تذكرهما أو نحو ذلك.

و هل يعتبر فى الإنهاء كونه الى قاض معين أو يكفى توجه الكتاب الى مطلق القضاه؟ حكى الأول عن بعض العامه، و فيه انه لا وجه لهذا التقييد، بل ان البينه حجه و ان لم يكن معها كتاب مطلقا، فلا يختص الإنفاذ بالمكتوب اليه.

حكم ما لو تغير حال الحاكم الأول:

قال المحقق: «و لو تغير حال الأول بموت أو عزل لم يقدح ذلك فى العمل بحكمه، و ان تغير بفسق لم يعمل بحكمه، و يقرّ ما سبق إنفاذه على زمان فسقه» .

أقول: لاـ ريب فى نفوذ حكم الحاكم الجامع للشرائط و الصفات المذكوره فى أول كتاب القضاء، و يعتبر كونه على تلك الصفات فى حين إصداره الحكم، فلو تغير حال الحاكم بموت أو عزل عن القضاء أو جنون أو عمى-بناء على اشتراط البصر-أو غير ذلك لم يقدح ذلك فى العمل بحكمه و وجوب إنفاذه على الحاكم الثانى، و قد استثنى المحقق تبعا للمشهور من ذلك الإسلام و العداله، و أنه يشترط بقاؤه على ذلك بعد الحكم كذلك، فلو تغير حاله بكفر أو فسق لم يعمل بحكمه-و ليس الأمر كذلك فى سائر الأمور المشروطه بالعداله كامامه الجماعه و الشهاده بالطلاق و نحوهما-و كذا لو تغير حاله بعد الحكم و قبل العمل.

أما إذا تغير حاله بعد العمل بحكمه فلا ريب فى عدم بطلان الحكم بذلك.

و هذا الذى ذكره جار فى مورد فتوى المجتهد أيضا، فلو أفتى بفتوى فمات لم يقدح ذلك فى العمل بفتواه، نعم فى الجواهر: «الظاهر الإجماع على عدم

جواز العمل ابتداء بفتاوى الأموات» و أما إذا كان قد قلّده ثم مات المجتهد فقد أفتوا بجواز البقاء على تقليده.

و هـذا بخلاف ما إذا تغير حاله بفسق أو جنون، نعم العمل الـذى أتى به على طبق فتواه قبل التغير صـحيح بلا كلام، و يقر ما وقع بحسب فتواه من بيع أو نكاح أو ما شابه ذلك على ما كان عليه.

و قـد اسـتدل لما ذكره المحقق قـده بأمرين، أحدهما: -ان ظهور الفسق يشـعر بالخبث الباطنى و قيام الفسق يوم الحكم. و الثانى: انه يصح أن يقال بعد فسقه بأنه حكم فاسق فعلا، فلا يجوز العمل به و إنفاذه.

لكن كلا الأمرين واضح الضـعف، و لا يقاومان إطلاقات الأدله، و من هنا ذهب جماعه كالأردبيلى و النراقى الى عدم الفرق بين الفسق و الموت، أخـذا بإطلاقات أدله حجيه حكم الحاكم، الا أن ذهاب المشـهور الى ما ذكره المحقق، بل دعوى بعضـهم عدم الخلاف فيه يمنعنا من الجزم بعدم الغرق.

و ربما يؤيـد المشـهور بما ذهب اليه بعض الأصـحاب من الفرق بين الفسق و غيره من الموانع فى بعض الموارد، فمن ذلك ما لو تغير حال الشاهدين بعد أداء الشهاده و قبل الحكم طبق شهادتهما بموت أو جنون مثلا، لم يقدح ذلك فى قبول الشهاده و ترتب الأـثر عليهـا، بخلاـف مـا لو تغير بفسق فلاـ تعتبر. و من ذلك أيضا: ما لو تغير حال شاهـدى الأصل قبل الحكم بشـهاده شاهـدى الفرع، فإنه يمنع عن الحكم ان كان التغير بفسق و لا يمنع ان كان بغيره.

و يؤيده أيضا جواز البقاء على تقليد المجتهد الميت دون الفاسق.

و لو وصلت النوبه الى الأصل فالأصل هو عدم جواز العمل و الإنفاذ.

هذا كله بالنسبه إلى تغير حال الحاكم الأول الكاتب للكتاب.

لا أثر لتغير حال المكتوب اليه:

قال المحقق: «و لا أثر لتغير حال المكتوب إليه فى الكتاب بل كل من قامت

عنده البينه بأن الأول حكم به و أشهدهم على ذلك عمل بها، إذ اللازم لكل حاكم إنفاذ ما حكم به غيره من الحكام» .

أقول: ان أنفذ الحاكم الثانى الحكم ثم تغير حاله بموت أو جنون أو غيرهما لم يقدح ذلك فى إنفاذه، و ان تغير بفسق لم يعمل بحكمه بالإنفاذ على المشهور.

و من المعلوم ان ذلك لا يقدح فى حكم الحاكم الأول بل كل ما قامت عنده البينه من الحكام بأن الحاكم الأول قد حكم به و أشهدهم على ذلك عمل بها لعموم دليل حجيتها، إذ اللازم لكل حاكم إنفاذ ما حكم به غيره من الحكام لان حكمه حكم الأئمه عليهم السّلام.

و هكذا يجب على الناس العمل بذلك الحكم، و ان كان المخاطب بالكتاب حاكما معينا بمفرده.

مسائل ثلاث

المسأله الأولی

(حکم ما لو أقر المحکوم علیه أو أنکر)

قال المحقق: «إذا أقر المحکوم علیه و أنه هو المشهود علیه ألزم، و لو أنکر و کانت الشهاده بوصف یحتمل الاتفاق غالبا فالقول قوله مع یمینه ما لم یقم المدعی بینه، و ان کان الوصف مما یتعذر اتفاقه الا نادرا لم یلتفت الی إنکاره لأنه خلاف الظاهر» .

أقول: لما قامت الشهاده فاما یقر المحکوم علیه و أنه هو المشهود علیه، فیلزمه الحاکم بأداء ما علیه بلا اشکال، و بلا خلاف کما فی الجواهر.

و اما ینکر، و حینئذ فإن کانت الشهاده بوصف یحتمل الاتفاق علیه و علی غیره-کما لو جاء فی الشهاده علی الحکم بأن محمد بن احمد مدین لفلان کذا، فإنه یحتمل الاتفاق علی هذا الشخص و علی غیره بکثره-سمع قوله مع یمینه، إلا إذا أقام المدعی بینه علی ان هذا هو المقصود.

و عن بعضهم بطلان أصل الحکم علی عنوان مشترک کما فی المثال المذکور.

و ان کانت الشهاده بوصف یتعذر اتفاقه الا نادرا-کما إذا قالت بأن فلان ابن فلان صاحب الصفه الکذائیه و المهنه الفلانیه-لم یلتفت الی إنکاره الحکم علیه بلا خلاف بین من تعرض لذلک کما فی الجواهر، و ذلک لانه خلاف الظاهر.

ص:۲۹

هـذا و فی المسأله تفصـیل، لأنه إذا أنکر کونه المحکوم علیه فتاره یـدعی المـدعی کونه هو علی التعیین، و حینئـذ لیس للحاکم الثانی إنفاذ حکم الأول فی حق هـذا الشـخص، بل تجری أحکام المـدعی و المنکر. و أخری یتردد المـدعی بین هذا و شـخص آخر یشترک معه فی الاسم و الوصف، فان کان هـذا التردد من المـدعی من أول الأمر کان المورد من فروع مسأله الدعوی علی المردد، کـدعوی ولی المقتول بأن أحـد هـذین قاتل أبی، و فی صـحه هـذه الدعوی بحث و خلاف. و بناء علی صـحتها یطالب المدعی بالبینه، و مع عدمها یحلف الرجلان ان کانا حاضرین أو الحاضر منهما، و مع الامتناع ترد الیمین علی المدعی.

و لـو شـهد الشاهـدان علی معین و حکم معین و حکم الحـاکم علیه بـأداء الحـق ثم اشـتبه فلاـ ریب فی صـحه الحکم، فـان وقع الاشـتباه من عدم ذکر الحاکم الأول للأوصاف و المشـخصات بالتفصیل، جاء ما ذکره المحقق من أنه ان کانت الشهاده یوصف یحتمـل الاتفـاق. بخلاـف مـا لو کـان الوصف ممـا یتعـذر اتفاقه الا نادرا و قـد ذکره الحاکم الأول بالتفصـیل، فإنه لا یلتفت الی إنکاره لأنه خلاف الظاهر، و ان کان سماع دعواه انطباق الاسم و الوصف فعلا علی غیره غیر بعید.

قـال المحقق: «و لو ادعی ان فی البلـد مساویـا له فی الاـسم و النسب کلف إبـانته فی إثبـاته، فـإن کـان المسـاوی حیا سـئل، فإن اعتراف أنّه الغریم الزم و أطلق الأول، و ان أنکر وقف الحکم حتی یتبین» .

أقول: وقوف الحکم بمجرد دعوی أن المحکوم علیه شخص آخر غیره –مع إنکار ذلک الشخص–فی غایه الإشکال، اللهم الا ان یقال بان الـدعوی کانت علی کلّی المسـمی بهذا الاسم و قد صدر الحکم علیه کذلک، ثم اشـتبه المصداق الحقیقی بغیره. لکن صحه الدعوی علی الکلی المردد محل خلاف.

هذا کله مع کونه حیا.

قال المحقق: «و ان کان المساوی میتا و هناک دلاله تشهد بالبراءه، اما لان

الغریم لم یعاصر، و اما لان تاریخ الحق متأخر عن موته ألزم الأول و ان احتمل وقف الحکم حتی یتبین» .

أقول: و هذا أیضا مشکل بعد کون المدعی قد خص هذا الشخص فی الدعوی و أقیمت علیه الشهاده و صدر الحکم.

و قد فصل بعضهم بین ما إذا ذکر الاسم و الوصف و کان الوصف محتملا للاتفاق فیه مع غیره من أول الأمر، و بین ما إذا کان متعذرا اتفاقه من أول الأمر ثم اتفق بعد ذلک. فحکم بالبطلان فی الأول دون الثانی.

المسأله الثانیه

(حکم امتناع المشهود علیه من التسلیم حتی یشهد القابض)

قال المحقق: «للمشهود علیه أن یمتنع من التسلیم حتی یشهد القابض، و لو لم یکن علیه بالحق شاهد قیل: لا یلزم الاشهاد. و لو قیل: یلزم کان حسنا.» أقول: هذا لئلا یطالبه ذو الحق به مره أخری، و الدلیل علی هذا الحکم قاعده لا ضرر و لا ضرار، هذا إذا کان مع صاحب الحق ما یثبت حقه، و أما مع عدمه و علم المحکوم علیه بالحق فیما بینه و بین اللّه فلا کلام فی وجوب أداء الحق بالمطالبه، إذ لیس مع ذی الحق ما یخاف مراجعته به مره أخری، و لو قیل: یلزم الاشهاد کان حسنا حسما لماده المنازعه أو کراهه لتوجه الیمین.

هذا و لکن فی الحکم بجواز الامتناع من التسلیم الا مع الاشهاد نظر، لأن أداء حق الناس واجب، و المماطله غیر جائزه، غایه الأمر انه لو حدث نزاع بعد ذلک ترافعا الی الحاکم و ارتفع بالموازین الشرعیه، فمجرد احتمال حدوث النزاع مره أخری لا یجوز تأخیر أداء حق الناس، ففیما ذکروه تردد.

ص:۳۱

المسأله الثالثه

(عدم وجوب دفع الحجه على المدعى)

قال المحقق: «لا يجب على المدعى دفع الحجه مع الوفاء. و كذا القول فى البائع.» أقول: دليل عدم الوجوب كون الحجه ملكا له. و قد قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله: «الناس مسلطون على أموالهم» و لأنها حجه له لو خرج المقبوض أو المبيع مستحقا.

ص:۳۲

الكلام فی:بعض أحکام القسمه

اشاره

ص:۳۳

«القسـمه» معامله مستقله لها أحكامها الخاصه، و قد تعرض الأصحاب قدست أسرارهم لها فی کتاب الشرکه، و ذکروا بعضها فی کتـاب القضـاء من جهه اسـتحباب أن یکون للحـاکم قـاسم یقسم الأـموال المشـترکه بین الشـرکاء، لتوقف فصـل الخصومه علی القسمه فی کثیر من الأحیان.

مشروعیه القسمه:

و مشـروعیه القسـمه بأن تکون معامله کالمعاملات الأخری ثابته بالکتاب و السـنه، ففی القرآن الکریم «وَ إِذا حَضَـرَ اَلْقِسْمَهَ أُولُوا اَلْقُرْبی وَ اَلْیَتامی وَ اَلْمَساکِینُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ» (۱)إذ المستفاد من هذه الآیه المبارکه إمکان تمییز السهام بعضها عن بعض بالقسمه، من دون حـاجه الی أن یبیع بعض الشـرکاء سـهمه من بعض لتحقق الفرز و تعیین الحصـص فی المـال، فالاـیه ظـاهره فی تشـریع القسمه لأن تکون طریقا للوصول الی هذا الغرض و الاّ قال-مثلا-: و إذا حضر البیع أو الصلح.

و ذکروا أیضا قوله عز و جل «وَ نَبِّئْهُمْ أَنَّ اَلْماءَ قِسْمَهٌ بَیْنَهُمْ» (۲)و لکن فی

۱- ۱) سوره النساء:۸.

۲- ۲) سوره القمر:۲۸.

دلالتها علی تشریع القسمه نظر، لان الماء کان لهم خاصه و لم یکن مشترکا، و قد أمر سبحانه بجعل قسم من الماء للناقه.

و من السنه: ما روی من «أن عبد اللّه بن یحیی» کان قساما لأمیر المؤمنین (۱)و قد قسّم رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله خیبر علی ثمانیه عشر سهما. و قال صلّی اللّه علیه و آله: «الشفعه فیما لم یقسم، فإذا وقعت الحدود و عرفت الطرق فلا شفعه» (۲). قال فی الجواهر: «و غیر ذلک من النصوص، و إجماعا بقسمیه، بل ضروره» .

ثم ان القسمه تاره تکون بإفراز الحصص بعضها عن بعض، و اخری تکون قسمه مهاباه، بمعنی تقسیم الانتفاع من الشیء المشترک بحسب الأزمنه، کالدابه المشترکه بین اثنین یستعملها هذا یوما و ذاک یوما.

حقیقه القسمه:

ثم انه تاره یختلط مال اثنین بعضه ببعض، کأن یختلط شیاه هذا بشیاه ذاک فهنا قولان:

أحدهما: أنهما یشترکان فی المجموع بنحو الإشاعه، کما هو الحال فیما إذا ورث الاخوان هذا المجموع معا. و الثانی ان کلّا منهما یملک حقه و مملوکه الواقعی فقط. و إذ لا طریق الی التمییز فلا بد من التراضی بینهما بالتقسیم، بأن تنتقل عین مال کلّ واحد إلی الأخر فی مقابل عین ما له فیکون فی الواقع تبدیلا.

و تاره أخری یکون الاختلاط بین المالین موجبا لاشتراکهما بالإشاعه عند العرف، کأن تختلط حنطه هذا بحنطه ذاک. فلا یصدق حینئذ التبدیل، بل یقال هنا بالتمییز و الافراز و التعیین، و المراد جعل المال الذی یشترک الاثنان فی تملکه مفرزا الی ملکین یختص کل واحد منهما بواحد.

قال المحقق قدس سره فی کتاب الشرکه: و هی تمییز الحق من غیره، و کذا قال فی المسالک و الجواهر، بل نسب الی المعروف بین الأصحاب، و علیه السید صاحب

۱- ۱) سنذکر ترجمه هذا الرجل قریبا.

۲- ۲) سنن البیهقی ۶-۱۰۲.

الوسیله، و الاولی التعبیر بالتعیین وفاقا للسید صاحب العروه حیث قال: و الاولی التعبیر بالتعیین، لان الظاهر من التمییز أن یکون له واقع معیّن و لیس کذلک (۱).

نعم فی مثال الشیاه علی الوجه الثانی یصح التعبیر بالتمییز.

فالأولی التعبیر هنا بالتعیین، لعدم تعین حق کل من الشریکین خارجا، إذا المفروض انهما یشترکان فی کل جزء جزء من المال حتی یصل الی الجزء الذی لا یتجزء فیقسم هناک تقسیما عقلیا. فالمراد من القسمه تعیین مصداق الکلی.

و اما احتمال أن تکون القسمه تعیین ما یملکه کل واحد من الشریکین خارجا، بمعنی أن کل مال من الأموال المملوکه هو ملک لکلیهما، فیکون أحدهما مالکا للنصف الثانی من المال الذی بیده بإزاء تملیکه النصف الأخر من المال الذی بید شریکه، فتکون القسمه فی الحقیقه بیعا، لأنها علی هذا تبدیل الأموال بعضها ببعض بحسب السهام، لکن الشریکین ینشئان القسمه و لا نظر لهما الی المبادله و المعاوضه الواقعه.

فیضعفه: انه ان کان المراد من النصف هو النصف المردد فان المردد لا وجود له فی الخارج، و ان کان المراد منه النصف المعین فهذا خلف للفرض، و لو کان کذلک لم یکن حاجه الی التقسیم. فیرجع الأمر إلی الکلی و یکون من قبیل تعیین الکلی فی المصداق، نظیر تملیک الکلی فی المعین کالصاع من الصبره إذ یتعین کلی الصاع بالصاع الذی یدفعه، و ان کان بین الموردین فرق من جهه أخری، و ذلک انه مع تلف شیء من المال المشترک یکون التلف من کلیهما، بخلاف ما لو تلف من الصبره مقدار فإنه من مالکه، حتی إذا بقی منها صاع واحد کان لمستحقه و لم یشارکه صاحب الصبره.

و أما احتمال ان یکون المملوک لکل واحد من الشریکین هو الأحد اللابعینه

بنـاء على أن الملكيه أمر اعتبارى، فيجوز ان يباع الواحـد المردد لانه قابل للتمسک كما يقبل الكلى ذلك نظير بيع ثمره الشـجره قبل وجودها. فيكون التقسـيم فى حقيقته إخراج كل فرد من حال عدم التعين الى التعيين-ففيه ما تقدم من أن الواحد احد المردد لا وجود له و لا حقيقه، و الملكيه و ان كانت أمرا اعتباريا لكن يشترط فى متعلقها أن يكون أمرا قابلا للوجود فى الخارج.

و التحقيق هو النظر فى حقيقه الشركه، و بذلك يتضح معنى القسمه، و الحاصل:

ان التقسـيم هو التعيين، لان معنى الشـركه هو تملك كل من الشريكين للنصف مثلا من المال بنحو الإشاعه، و حيث يراد إخراج الملك عن الإشاعه و تعين حق كل واحد من الشريكين، يقسم المال بحسب السهام، فيكون التقسيم تعيين كل من النصفين لكل من الشـريكين مثلا، فيتحصل ان معنى التقسـيم إخراج المال عن حال كونه مملوكا للشريكين بالإشاعه الى حال تعيين ملك كل واحد منهما فيه، بتعيين مصاديق كل الاجزاء لكل منهما، و هذا الوجه أحسن الوجوه فى هذا المقام.

حكم نصب القاسم:

قال المحقق: «و يستحب للإمام ان ينصب قاسما كما كان (١)لعلى عليه السّلام» .

أقول: هذا الحكم لا ريب فيه كما فى الجواهر، لان نصب القاسم من المصالح العامه، و عن القواعد الإجماع عليه.

و ان تعبيره ب «النصب» يفيـد أن ذلـک منصب من المنـاصب، و لا‌زم ذلـک أن يكون للقـاسم ولايه على التقسـيم كما للحاكم ولايه على الحكم، و يكون ما فعل نافذا على الشريكين كما ينفذ حكم الحاكم على المتخاصمين، و لو لم يرض أحدهما

بالتقسيم حكم الحاكم به من باب كونه وليا على الممتنع و كان التقسيم نافذا.

و إذا كانت القسمه منصبا و كان القاسم منصوبا من قبل الامام عليه السّلام أو الحاكم لزم وجود الشرائط الاتيه فيه. قال المحقق قدس سره:

صفات القاسم:

«و يشترط فيه البلوغ و كمال العقل و الايمان و العداله» أقول: لا شبهه و لا خلاف فى اشتراط كونه بالغا عاقلا، إذ لا عبره بأفعال الفاقد للبلوغ و العقل، كما لا ريب و لا خلاف فى اعتبار الايمان و العداله فيه، لان صاحب هذا المنصب ذو ولايه، و قد قال اللّه عز و جل «لاٰ يَنٰالُ عَهْدِي اَلظّٰالِمِينَ» (1)قال: «و المعرفه بالحساب» .

أقول: و كذا نحوه مما تحتاج إليه القسمه غالبا.

قال: «و لا يشترط الحريه» .

أقول: ظاهر الجواهر الإجماع على عدم اشتراط الحريه فى القاسم، فيجوز ان يتولى ذلك العبد الجامع للشرائط المعتبره بإذن المولى.

قالوا: و يشترط فيه القصد بأن يقسم المال و يفرز الحقوق مع القصد و الإنشاء كما يصدر الحاكم الحكم كذلك.

قال: «و لو تراضى الخصمان بقاسم لم يشترط فيه العداله» أقول: اما بناء على عدم كون القسمه منصبا من المناصب، فإنه حيث يريد القاسم القسمه الإجباريه فإن القدر المتيقن من القسمه النافذه قسمه المؤمن العدل، و لا يوجد عندنا إطلاق لنتمسك به لأجل نفوذ قسمه مطلق القاسم، و اما قاسم الامام عليه السّلام ففى الخبر انه كان من شرطه الخميس و كان مبشرا بالجنه.

و أما إذا كان القاسم معينا من قبل الشريكين فلا حاجه الى العداله و الايمان، إذ المفروض رضاهما بما يفعله-كما لهما أن يقتسما المال بأنفسهما-نعم لا بد

1- 1) سوره البقره:124

من کون القاسم الذی یتراضیان بتقسیمه مکلفا، لان عمل الصغیر لم یمضه الشارع فی مورد. و قیل: لا مانع من ان یتصدی الصغیر عملا من باب المقدمه، للتقسیم، کأن یکون اداه و وسیله لذلک، و فیه: انه لا یتحقق الافراز الا بالتقسیم و القرعه، فالذی یفرز المشاع هو نفس التقسیم، و بالقرعه یتعین حق کل واحد من الشریکین، فالتقسیم إذا عمل یترتب علیه أثر فلا یجوز أن یقوم به الصغیر، و لا یتصور عمل آخر غیر التقسیم و القرعه لیکون مقدمه یجوز قیام الصغیر به.

أذن لا بد من کونه مکلفا بالبلوغ و العقل، و لکن لا یشترط فیه الایمان و العداله قال المحقق: «و فی التراضی بقسمه الکافر نظر، أقربه الجواز کما لو تراضیا بأنفسهما من غیر قاسم» .

أقول: و ما قربه هو الأقوی، فإنه لا مانع من أن یتصدی الکافر ذلک فی صوره کونه معینا منهما، و لیس للقاسم سلطنه حتی یمنع عملا بقوله تعالی «وَ لَنْ یَجْعَلَ اَللّٰهُ لِلْکٰافِرِینَ عَلَی اَلْمُؤْمِنِینَ سَبِیلاً» (١).

نعم فیما قیل انه منصب من المناصب الشرعیه کالقضاء مثلا و قیل ان له ولایه علی المقتسمین، فلا بد له من الایمان و العداله و یکون نصبه من قبل الامام علیه السّلام أو نائبه الخاص أو العام ادام اللّه وجود نوابه فی الأنام.

هل یشترط الرضا بعد القرعه؟

قال المحقق قدس سره «و المنصوب من قبل الامام تمضی قسمته بنفس القرعه و لا یشترط رضاهما بعده» .

أقول: لا خلاف و لا إشکال فی ذلک، لما تقدم من تحقق الولایه له من جهه کونه منصبا، فیکون تقسیمه نافذا مطلقا کما ینفذ حکم الحاکم فی حق المتخاصمین.

قال: «و فی غیره یقف اللزوم علی الرضا بعد القرعه. و فی هذا اشکال من

١- ١) سوره النساء:١۴١

حیث أن القرعه وسیله إلی تعیین الحق و قد قارنها الرضا» أقول: إنما الکلام فی القاسم الذی رضیا بتقسیمه، ففی اشتراط رضاهما بعد القرعه قولان، و دلیل الاشتراط هو: أن کلا منهما یرید التصرف فی السهم الذی وقع له، فلا بد من رضاهما معا بالتقسیم و القرعه بعدها حتی یجوز لهما التصرف، لان ذلک هو القدر المتیقن و لا یوجد إطلاق یؤخذ به فی المقام. و دلیل العدم هو:

ان المفروض رضاهما بالقرعه و هذا الرضا یکفی لجواز التصرف، لان «الناس مسلطون علی أموالهم و أنفسهم» .

أقوال: ان کان دلیل السلطنه: «الناس مسلطون علی أموالهم و أنفسهم» مشرعا جاز التمسک به لعدم الاشتراط، و ان لم یکن مشرعا بل کان مفاده سلطنه المالک علی ملکه و جواز تصرفه فیه بأنحاء التصرف فی حدود الشرع و المعینه من قبل الشارع فلا، لان القدر المتیقن من الأدله الشرعیه لجواز التصرف حینئذ صوره الرضا بعد التقسیم و القرعه.

هذا و لکن بناء علی ما تقرر من کون القسمه من الأمور التی بها یفرز المال المشاع و تزال الشرکه، فإنه یلزم رضی الشریکین و یشترط کون القرعه بطیب النفس، و حیث کانت کذلک فلا لزوم للرضا بعد تحقق القرعه، فیکون القسمه کسائر المعاملات من هذه الجهه، ففی البیع مثلا- یشترط شروط، و حیث أجریت صیغه البیع بشروطها لا- یشترط ان یقول کل من المتبایعین بعدها: رضیت، إذ لا دلیل علیه، فالإشکال الذی ذکره المحقق قدس سره وارد، و الأقوی هو القول بعدم اشتراط الرضا بالقرعه بعدها.

و هل یشترط القرعه؟

هذا و عن جماعه القول بأن الأمر یتحقق بالقسمه عن تراض، و هی کافیه لتعین الحقوق من دون حاجه الی القرعه، لا سیما و أنه لا تعرض إلی القرعه فی الاخبار، و أن القرعه لکل أمر مشکل، و أنه لیس فی نصوص الشرکه إشاره الی أن زوالها

یکون بـالقرعه، بـل لقـد قـال بعضـهم بـأن الأخـذ بالقرعه هنا متابعه للعامه، و فی المسالک: «بل ینبغی أن یتعین بتراضـیهما علی القرعه و تخصـیص کـل واحـد من الشـرکاء بحصـته و ان لم یحصل القرعه کما یصـح المعاطاه فی البیع، الا أن المعاطاه یتوقف لزومها علی التصـرف من حیث أن ملک کل واحـد من العوضـین کان للآخر، فیستصـحب ملکه الی ان یتصـرف أحـدهما بإذن الأخر، فیکون رضا منه بکون ما فی یـده عوضا عن الأخر. أما القسـمه فإنها مجرد تمییز أحـد النصـیبین عن الأخر، و ما یصل الی کـل منهمـا هو عین ملکه و لاـ یکون عوضا عن ملک الأخر، فیکفی تراضـیهما علیها مطلقا، و من جعلها بیعا مطلقا أو علی بعض الوجوه یناسبه توقف اللزوم علی التصـرف کـالبیع معاطـاه. و اشتراط فی الـدروس تراضـیهما بعـد القرعه فی غیر قسـمه منصوب الامام علیه السّلام مع اشتمالها علی الرد خاصه و هو حسن، و فی اللمعه:

اکتفی بتراضیهما علیها من غیر قرعه مطلقا. و هو أجود، و اختاره العلامه فی القواعد.

و قد أشـکل علی ما ذکر بأن قیاس القسـمه علی المعاطاه مع الفارق، لان المعاطاه بناء علی افادتها الملک و جواز الرجوع فیها ما دامت العینان باقیتین-بیع عند العرف، و قد أمضـی الشارع ذلک، و أما القسـمه فعنوان آخر، و لا یوجد فی نصوصها إطلاق یفید نفوذها و لزومها حتی یقال بأن القسمه تتحقق بالدلیل و لا حاجه الی القرعه، و قوله تعالی: « وَ إِذا حَضَرَ اَلْقِسْمَهَ .» لا إطلاق فیه و لاـ یبین کیفیه القسـمه، و حینئـذ فـإن تحققت القسـمه مع القرعه کـانت المعامله متحققه بالإجماع و بها یتم النقل و الملک لکل واحد من الشـریکین، و لیس هنا تصرف فی مال الغیر حتی یقال بجوازه بالرضا لقوله: «لا یحل.» لانه یرید أخذ ماله و تعیین حقه (۱).

ص:۴۲

هل تتحقق القسمه بالصلح؟

و هل تتحقق القسمه بالمصالحه؟ توقف فيه بعضهم، لكن الظاهر أن المصالحه تبديل و معاوضه بين السهمين، و نتيجتها كون كل واحد من الشريكين مالكا للعين التى بيده مثلا، كما يتحقق ذلك بالبيع و الشراء بينهما.

نعم قد يستشكل فى هذا البيع أو الصلح بناء على لزوم كون العوضين معينين فى الخارج فى البيع و الصلح، فلا يصح بيع أحد العبدين أو إيقاع الصلح عليه لفقدان الشرط المذكور فى المعامله. و حينئذ لا يمكن التوصل إلى نتيجه القسمه و هو افراز السهمين و تعيين الحق لكل من الشريكين عن طريق البيع و الصلح بينهما.

و هل يؤثر رضا المالك لو قسم ماله فضول و اقترع عليه؟ فيه اشكال، و حينئذ تستصحب الشركه.

و بناء على لزوم الرضا بعد القرعه يشترط رضاهما حتى لو كان القاسم الإمام أو المنصوب من قبله، و حيث يكون التقسيم عن إجبار يلزم رضا الحاكم لأنه ولى الممتنع.

عدم الفرق بين قسمه الرد و غيره:

ثم ان القسمه تاره تشتمل على رد-و ذلك عند ما يخرج لأحد الشريكين النصيب الأوفر من الأخر، فيؤخذ شىء من صاحب الزياده فى مقابلها و يدفع الى الأخر لعدم إمكان تقسيم المال المشترك الى سهمين متساويين، فيحصل التعديل

ص:

قلت: ان اطمأن الشريكان بأنه قد قسم مع العداله من جميع الجهات كفى القاسم الواحد، و لا حاجه الى التقويم، سواء كانت القسمه عقدا أو إيقاعا أو حكما على اختلاف الوجوه و الأقوال-و ان كان الظاهر كونها بالعقد أشبه، و لعله من هذه الجهه لم ينقل احتياج قاسم أمير المؤمنين عليه السّلام الى المقوم، و لذا لو قسم أحدهما برضا الأخر كفى. نظير ما ذهب اليه بعضهم من جواز تولى الواحد لإجراء عقد النكاح وكاله عن الزوجين، فان قسم القاسم و شك فى كونه بالعدل و ذكر أنه قد قسم بالعدل كان قوله متضمنا للشهاده فلا بد من شاهد آخر معه، و لعل ذهاب المحقق و الجماعه إلى لزوم التعدد فى صوره الاشتمال على الرد هو من جهه أن الغالب فى مثل ذلک وقوع الاحتياج الى التقويم، و مع عدمه أجزأ القاسم الواحد.

الكلام فى أجره القاسم:

قال المحقق قده: «و أجره القسام من بيت المال، فان لم يكن إمام أو كان و لا سعه فى بيت المال كانت أجرته على المتقاسمين»

.

أقول: هذا بالنسبه إلى القاسم المنصوب من قبل الامام عليه السّلام، فإن أجرته تكون على بيت المال لانه بعد للمصالح، لكن ذلک يختص بصوره إجبار الامام المتقاسمين على التقسيم، و أما وجوبها على بيت المال فى المورد الذى لم يأمر فيه الإمام بالقسمه فبعيد، فكان الاولى التقييد بما ذكرناه، و حيث طلبا من الامام عليه السّلام إرسال القاسم لأجل التقسيم كانت الأجره عليهما، لانّ عمله محترم و هما قد طلباه، فعليهما الأجره لا على بيت المال و ان كان فيه سعه.

و أما إذا طلب أحدهما دون الأخر فأمر الامام بالتقسيم فهل عليه دفع ما يجب على الراضى منهما أيضا من بيت المال؟ الظاهر هو العدم.

و المشهور-بل ادعى الإجماع-على أخذ الأجره من كليهما و ان كان أحدهما ممتنعا و كان التقسيم بأمر الحاكم و إجباره، و كذا لو لم يمتنع أحدهما بل رضى بكلا الأمرين-بقاء الشركه و التقسيم-على السواء فأمر الحاكم بالتقسيم، قالوا لان التقسيم له

أثر و نفع بالنسبه إليه أيضا.

و فيه: ان توجه النفع الذى لم يطلبه لا يوجب دفع شىء عليه، و تحقق الإجماع فى هذا المقام بعيد. و كذا لو رضى بالتقسيم من غير أن يطلبه، أو رضى الحاكم به من قبله، فإنه لا يجب عليه شىء الاعدم الامتناع عن التقسيم، و كذلك الحاكم ان رضى من قبله بالولايه. فالأقوى فى جميع هذه الموارد توجه كل الأجره على من طلب التقسيم. هذا، و مقتضى القواعد كفايه رفع اليد عن المال و عدم وجوب تسليمه.

قال المحقق قدس سره: «فإن استأجره كل واحد بأجره معينه فلا بحث» .

أقول: ان استأجر كلا الشريكين القاسم بعقد واحد لأجل التقسيم بأجره معينه وجب عليهما معا دفع الأجره، و ان استأجره كل واحد بالاستقلال و بأجره معينه قال المحقق: فلا بحث، و هو صريح فى الجواز، و قد أشكل عليه من جهه أن العمل واحد و ينتفع منه كلاهما، فإذا استأجره أحدهما لهذا العمل لم يصح استئجار الثانى إياه له، لان هذا العمل مملوک الأول، فكيف يأخذ مالا ـ بإزاء هذا العمل نفسه من الشريک الثانى؟ و بعباره أخرى: انه يتحصل من افراز سهم الموجر كون سهم الأخر مفروزا كذلک، فكيف يجعل نفسه أجيرا لتحصيل ما حصل؟ .

فان قيل: فكيف يجوز أن يصير الشخص الواحد وكيلا من طرف البائع للإيجاب و من طرف المشترى للقبول فى معامله واحده؟ .

قلنا: انه قياس مع الفارق كما هو واضح.

و قد أشكل عليه أيضا بأن فرز مال أحدهما مقدمه لفرز مال الأخر، فإذا أوجر من قبل أحدهما كانت إجاره الثانى باطله، لأنها تكون على عمل وجب عليه إتيانه بإجاره الأول من باب المقدمه.

لكن فيه: ان العمل واحد غير أن الذى يتحصل منه أمران، و ليس باثنين حتى يكون أحدهما مقدمه للآخر.

و قد ذكر فى المسالك الإشكال الأول و قال: «و أجيب بأن السؤال مبنى على أنه يجوز استقلال بعض الشركاء باستئجار القسام لإفراز نصيبه و لا سبيل إليه، لأن إفراز نصيبه لا يمكن الا بالتصرف فى نصيب الآخرين ترددا و تقديرا، و لا سبيل اليه الا برضاهم، نعم يجوز ان ينفرد واحد منهم برضا الباقين فيكون أصلا و وكيلا و لا حاجه الى عقد الباقين، و حينئذ ان فعل ما على كل واحد منهم بالتراضى فذاک، و ان أطلق عاد الكلام فى كيفيه التوزيع» .

و قد أشكل على هذا الجواب بأن الإجاره للتقسيم المستلزم للتصرف فى مال الشريک بدون اذنه غير صحيحه، و أما إذا كانت الإجاره فى مورد لا يستلزم التقسيم فيه التصرف، كأن يكون القاسم عالما بوزن المال أو مساحه الأرض مثلا عاد الإشكال.

أقول: هذا كله بالنسبه إلى التصرف الخارجى، لكن الإفراز فى حد ذاته تصرف فلا يجوز القيام به و لا يتحقق الا مع اذن الشريک، و حينئذ تكون إجاره الأول باطله.

و كما يمكن أن يكون القاسم عالما بخصوصيات المال بحيث لا يحتاج الى التصرف فى نصيب الشريک الأخر، كذلک يمكن تحصيل رضا الشريک بهذا المقدار من التصرف اللازم لمعرفه خصوصيات المال، فيكون نظير ما إذا و كله فى شراء دار مثلا، فان معناه أنه ان رضى مالكها و باعها فاشترها منه، و اما إذا لم يرض لغت الوكاله، فيكون كبيع الفضولى مع عدم اجازه المالک، فلو باع شخص مال غيره فضوله، أى أنشأ تمليكه الغير بدون رضى المالک فان هذا فعل لغو و ليس حراما لان المفروض عدم وقوع التصرف فيه.

و هنا ان للتقسيم كان فى الحقيقه اجاره مشروطه بإجازه الشريک، فقيل بعدم الصحه أيضا، و قال فى الجواهر: إذا كان إنشاء الإجازه مشروطا بإجازه الأخر فإن أجازه الأول باطله للتعليق، و ان كان إنشاء مراعى بإجازه الأخر-مثل بيع الفضولى- فإن إنشاء منجز لكنه مراعى شرعا، فإن رضى الثانى بالإجاره تمت و أثرت الإجازه.

فهـذا معنى قول صـاحب الجواهر: اللهم الاـ ان يراد ان الاولى وقعت مراعى صـحتها بوقوع الثانيه، و لكن فيه: ان المراعى فى بيع الفضولى ان المالك يجيز نفس عمل الفضول، و هنا ان أجاز الثانى نفس عمل الأول كان عمله ممضـى بهذه الإجازه و لا يكون شريكا معه فى الإجاره، و ان كانت إجازه الثانى بمعنى إنشائه الإجاره عاد الاشـكال، و لـذا قال هو: و التحقيق عـدم صـحه الثانيه حيث تصح الاولى من دون مراعاه للثانيه مع كون المستأجر عليه شيئا واحدا.

هذا و لو كل أحد الشـريكين الأخر فى التقسيم فآجر الشريك أصاله عن نفسه و وكاله عن شريكه من يقسم المال وجب عليهما معا دفع الأجره.

قال المحقق قـده: «و ان اسـتأجروه فى عقد واحد و لم يعينوا نصـيب كل واحد من الأجره لزمتهم الأجره بالحصـص و كذا لو لم يقدروا أجره كان له أجره المثل عليهم بالحصص لا بالسويه» .

أقول: ادعى فى الجواهر إجمـاع الطـائفه على مراعاه الأجره بالحصـص، و اسـتدل له الشـيخ قـدس سـره بأنا لو راعيناها على قـدر الرؤوس ربما أفضـى إلى ذهاب المال، كأن يكون بينهما لأحـدهما عشر العشـر سـهم من مأه سـهم و الباقى للآخر و يحتاج إلى اجره عشـره دنانير على قسمتها، فيلزم من له الأقل نصف العشره، و ربما لا يساوى سهمه دينارا واحدا، فيذهب جميع المال و هذا ضرر، و القسمه وضعت لازاله الضرر فلا يزال بضرر أعظم منه.

و اسـتدل له كـاشف اللثـام بقوله: و لأـن الأـجره تزيـد بزياده العمل، و العمل يزيـد بزياده المعمول، فكل من كانت حصـته أزيد فالعمل له أزيد، كمن يسـقى جريبين من الأرض فعمله أزيد ممن يسـقى جريبا، و ان تحمل المشـقه أكثر، و كمن رد عبدا قيمته مائه فعمله أزيد ممن رد عبدا قيمته خمسون، و الغموض فى قله النصيب انما جاء من كثره نصيب الأخر.

و فى القواعد و غيرها احتمال التساوى للتساوى فى العمل، فإنه ليس الا افرازا

أو حسابا أو مسامحه. و الكل مشترك بينهما، بل قد يكون الحساب فى الأقل أغمض و قله النصيب توجب كثره العمل لوقوع القسمه بحسب أقل الأنصباء، فان لم يجب على الأقل نصيبا من الأجره أزيد فلا أقل من التساوى.

قال فى الجواهر: و لكن لم يذهب إليه أحد من أصحابنا، بل عن الشافعى و أبى حنفيه و مالك موافقتنا على ذلك، نعم هو محكى عن احمد بن حنبل، و نقض عليه الفاضل فى القواعد بالحفظ للمال المشترك، فان له الأجره بالحصص مع التساوى فى العمل.

قلت: و مثله حمل المال المشترك من مكان الى آخر، فان له الأجره بالحصص، لكن التحقيق اختلاف الموارد و أنه لا تدور الأجره مدار نتيجه العمل فى كل مورد، مثلا: لا يفرق فى الأجره بين حمل الحنطه و حمل الرز من مكان الى آخر-مع وحده المسافه و اتحادهما فى الوزن-و ان كان الرز اغلى من الحنطه، و صاحب المطبعه يطبع كل ملزمه من الكتاب بأجره معينه، فهو يأخذ أجرته فى مقابل عمله من غيره فرق بين أن يكون الكتاب من الكتب العلميه النفسيه ماديا و معنويا، أو يكون كتابا رضيعا كذلك، ففى هذه الموارد يلحظ العمل نفسه، و أما فى حمل المال المشترك أو تقسيمه فالسيره العقلائيه هى النظر إلى نتيجه العمل بالنسبه الى كل واحد من الشركاء فإذا آجروه كلهم للحمل أو القسمه قسمت الأجره عليهم بالحصص، لان حرمان صاحب التسعه أعشار من الاستفاده من المال-لأجل الشركه-تسعه أضعاف حرمان صاحب العشر، فتكون استفادته من المال بالتقسيم تسعه أعشار استفادته فعليه تسعه أعشار الأجره. فالحق هو الاستدلال بالإجماع و بقاعده نفى الضرر كما عن الشيخ قدس سره فى الخلاف.

النظر فى المقسوم:

قال المحقق قدس سره: «و هو اما متساوى الأجزاء كذوات الأمثال مثل الحبوب و الأدهان، أو متفاوتها كالأشجار و العقار، فالأول يجبر الممتنع مع مطالبه

الشريک بالقسمه لأن الإنسان له ولايه الانتفاع بماله و الانفراد أکمل نفعا» .

أقول: قسم المحقق قدس سره المقسوم الى قسمين، أى إلى المتساويه إجزاؤه من حيث الوصف و القيمه کذوات الأمثال مثل الحبوب و الادهان، و الى المتفاوته أجزاؤه کالأشجار و العقار، و قد حکم فى القسم الأول بجواز إجبار الممتنع مع مطالبه الشريک بالقسمه، قال فى الجواهر: بلا خلاف أجده فيه کما اعترف به بعضهم، بل الظاهر الاتفاق عليه، و لعله العمده بعد قاعده وجوب إيصال الحق إلى مستحقه مع عدم الضرر و الضرار فى القسمه المفروض شرعيتها، و أما الثانى ففيه تفصيل کما سيأتى.

قال المحقق: «و يقسم کيلا و وزنا متساويا و متفاضلا ربويا کان و غيره لان القسمه تمييز حق لا بيع» .

أقول: و حيث إيراد التقسيم، فإنه يقسم المکيل و الموزون و غيرهما کيلا ـ و وزنا و غير ذلک متساويا و متفاضلا، ربويا کان المقسوم و غيره، و ذلک لان القسمه -کما سبق فى أول البحث-معامله مستقل يقصد بها تمييز حق أو تعيين حق، لا بيع فلا يشترط فيها ما يشترط فى البيع من القبض فى المجلس فى النقدين و العلم بالوزن و الوصف و عدم الاشتمال على الربا، و حينئذ فإذا قسم بالتساوى بحسب العين أو بحسب القيمه جاز و ان کان مع الجهل بالوزن أو الوصف، . و کذا لا ـ يثبت فى القسمه الأخيار لأحد المتقاسمين.

قال ثانى الشهيدين: لو ترک قوله متساويا و متفاضلا کان أولى، و إليک نص کلامه:

«و أما قوله متساويا و متفاضلا فالأصل فى القسمه أن يکون بنسبه الاستحقاق، فإذا کان المشترک بينهما نصفين کان إفرازه نصفين، و ان کان بينهما أثلاثا کان إفرازه کذلک، و التفاضل فى الثانى بحسب الصوره و الا فهو متساو حقيقه، لأن مستحق الثلث له فيما فى يد صاحب الثلثين ثلث و لصاحب الثلثين فيما فى يد

صاحب الثلث ثلثاه، فالقسمه على هذا الوجه موجبه للتسويه بينهما بالنظر الى أصل الحق، و ان أراد بالتفاضل ترجيح أحدهما على الأخر بزياده على حقه فليس ذلك بداخل فى حقيقه القسمه بل هو هبه محضه للزائد، فلو ترك قوله متساويا و متفاضلا كان أولى» .

قال فى الجواهر: و فيه أن معنى كلام المحقق هنا انه لو فرض كون الاشتراك فى جيد الحنطه و رديئها بحيث كان المنان من الردى يساوى المن الواحد من الجيد، فلو أخذ أحدهما المنين فى مقابل الواحد من الجيد جاز و لا يلزم الربا، لانه تقسيم اى تعيين لحق كل واحد و ليس بيعا، و ان كان التقسيم فى حقيقته معاوضه.

قلت: لكن ظاهر العباره لا يساعد هذا المعنى، فإنه يقول: المقسوم إما متساوى الأجزاء كذوات الأمثال أو متفاوتها فالأول يجبر الممتنع مع مطالبه الشريك بالقسمه فلو فرض كونهما شريكين فى الجيد و الردى فإن أخذ المنين من الردى فى مقابل المن من الجيد ليس تقسيما اجباريا بل من التقسيم المشتمل على الرد.

قال المحقق: «و الثانى اما ان يستضر الكل أو البعض أولا يستضر أحدهم، و فى الأول لا يجبر الممتنع كالجواهر و العضائد الضيقه، و فى الثانى: ان التمس المستضر أجبر من لا يتضرر، و ان امتنع المتضرر لم يجبر.» أقول: هذا حكم المقسوم المتفاوته أجزاؤه، و تفصيله أنه اما ان يستضر كل الشركاء بقسمته أو بعضهم أو لا يستضر أحدهم.

أما الثالث فالحكم فيه واضح، فإنه يقسم بلا كلام، و اما إذا كان المال مما يوجب تقسيمه الضرر على كل الشركاء فلا يقسم الا برضاهم جميعا، و لا يجبر الممتنع، منهم بل لا يجوز التقسيم الموجب للتلف حتى مع رضاهم، فلا بد من التقسيم بطريق آخر من بيع أو صلح أو مهايأه، و ان كان الضرر متوجها الى بعضهم فان امتنع المتضرر لم يجبر لقاعده نفى الضرر، و ان كان الملتمس للقسمه و هو المستضر

اجبر من لا يتضرر، و على كل حال فلا بد من ان لا يكون الضرر فاحشا أو موجبا للسقوط عن الماليه، و إلا قسم بنحو آخر.

و ان استلزم بقاء المال على الشركه ضررا أكثر من الضرر اللازم بالتقسيم قسّم.

و اما إذا توقف التقسيم على الرد قسم المال كذلك بلا إجبار كما سيأتى.

و لو كان الأقل ثمنا أكثر مرغوبيه فهل يراعى فى القسمه جهه المرغوبيه أو يراعى جهه الماليه؟ وجهان مبنيان على حد دلاله قاعده لا ضرر و لإضرار، فإن كانت رافعه لخصوص الضرر المالى فالمفروض عدمه هنا لأجل التعديل بالقيمه، و ان قلنا بأنها ترفع الضرر الغرضى أيضا منعت التقسيم المضر بالعرض و ان لم يلزم الضرر المالى.

أقسام القسمه:

فظهر ان القسمه على قسمين: قسمه إجبار و قسمه تراض، و قد ذكر المحقق هذا بقوله: «ثم المقسوم ان لم يكن فيه رد و لا ضرر أجبر الممتنع، و تسمى قسمه إجبار، و ان تضمنت أحدهما لم يجبر و تسمى قسمه تراض» .

فان لم يكن فى البين رد و لا ضرر أجبر الممتنع عن التقسيم، لأن الإنسان له ولايه الانتفاع بماله و الانفراد أكمل نفعا، و المفروض عدم المانع من اعمال هذه الولايه، و هذه قسمه الإجبار، و ان كان هناك رد أو ضرر فلا يجوز إجبار الممتنع عن التقسيم، بل يقسم بأى نحو تحقق به رضا جميع الأطراف و هذه قسمه التراضى.

و على هذا الأساس قال المحقق: «و يقسم الثوب الذى لا تنقص قيمته بالقطع كما تقسم الأرض» أى المتساويه الأجزاء قسمه إجبار، لأن المفروض عدم الضرر و عدم الرد فيها، «و ان كان ينقص بالقطع لم يقسم لحصول الضرر بالقسمه» قال:

«و تقسم الثياب و العبيد بعد التعديل بالقيمه قسمه إجبار» لأن التعديل رافع للضرر المانع من الإجبار.

لكن فی المسالک: «و منهم من قسّمها ثلاثه أقسام: قسمه الافراز و هی أن یکون الشیء قابلا للقسمه الی اجزاء متساویه الصفات کذوات الأمثال و کالثوب الواحد و العرصه الواحده المتساویه، و لا إشکال فی کون هذا القسم اجباریا مع بقاء الحصص بعد القسمه منتفعا بها أو حافظه للقیمه کما مر.

و الثانی: قسمه التعدیل، و هی ما تعدل سهامها بالقیمه، و هی تنقسم الی ما یعد شیئا واحدا و الی ما یعد شیئین فصاعدا، فالأول-ما یعد شیئا واحدا کالأرض التی تختلف قیمه اجزائها. و مقتضی عباره المصنف قسمه هذه إجبارا إلحاقا للتساوی فی القیمه بالتساوی فی الاجزاء، و یحتمل عدم الأحبار هنا لاختلاف الأغراض و المنافع، و الوجهان جاریان فیما إذا کان الاختلاف لاختلاف الجنس کالبستان الواحد المختلف الأشجار، و الدار الواحده المختلفه البناء. و الأشهر الإجبار فی الجمیع.

و الثانی-ما یعد شیئین فصاعدا، و هو ینقسم الی عقار و غیره:

فالأول کما إذا اشترکا فی دارین أو حانوتین متساویتی القیمه، و طلب أحدهما القسمه بأن یجعل لهذا دارا و لهذا دارا. و لا یجبر الممتنع هنا، سواء تجاور الداران و الحانوتان أم تباعدا، لشده اختلاف الأغراض باختلاف المحال و الابنیه فیلحقان بالجنسین المختلفین. و لو کان بینهما دکاکین متلاصقه لا یحتمل احادها القسمه-و تسمی العضائد-فطلب أحدهما أن یقسم أعیانها ففی إجبار الممتنع وجهان أظهرهما العدم و سیأتی.

و أما غیر العقار، فإذا اشترکا فی عبید و دواب أو أشجار أو ثیاب، فاما أن یکون من نوع واحد أو من متعدد، فان کانت من نوع واحد و أمکن التسویه بین الشریکین عددا و قیمه کعبدین متساویی القیمه بین اثنین و ثلاث دواب متساویه القیمه بین ثلاثه، فالذی اختاره المصنف و الأکثر أنه یجبر علی قسمتها أعیانا و یکتفی بالتساوی فی القیمه، بخلاف الدور لشده اختلاف الأغراض فیها. و فی القواعد

استشكل الحكم فى العبيد. و نقل فى المبسوط عن بعضهم عدم الإجبار هنا، و المذهب هو الأول. و لو لم يمكن التسويه فى العدد كثلاثه أعبد بين اثنين على السويه أحدهما يساوى الآخرين فى القيمه، فإن قلنا بالإجبار عند إمكان التسويه فهنا وجهان، ينظر أحدهما إلى تعادل القيمه، و الثانى إلى اختلاف العدد و تفاوت الأغراض. و لو كانت الشركه لا ترتفع الا عن بعض الأعيان كعبدين بين اثنين قيمه أحدهما مائه و قيمه الأخر مائتان فطلب أحدهما القسمه ليخص من خرجت له القرعه بالخسيس و ربع النفيس ففى إجبار الأخر وجهان مبنيان على المسأله السابقه، فإن قلنا: لا إجبار هناك فهنا أولى، و ان قلنا بالإجبار هناك فهنا وجهان أصحهما المنع، لأن الشركه لا ترتفع بالكليه، و لو كانت الأعيان من أنواع مختلفه كالعبد التركى مع الهندى و الثوب الإبريسم مع الكتان مع تساويهما فى القيمه ففى إجبار الممتنع وجهان مرتبان، و أولى بالمنع هنا لو قيل به فى السابق. و كذا القول لو اختلف قيمتهما و أمكن التعديل، و يظهر من المصنف و جماعه عدم اعتبار اختلاف النوع مع اتفاق القيمه، فأما الأجناس المختلفه كالعبد و الثوب و الحنطه و الشعير و الدابه و الدار فلا إجبار فى قسمه أعيانها بعضها فى بعض و ان تساوت قيمتهما.

و الثالث: قسمه الرد بان يكون بينهما عبدان قيمه أحدهما ألف و قيمه الأخر ستمائه، فإذا رد آخذ النفيس مائتين استويا. و لا خلاف فى كون هذا القسم مشروطا بالتراضى، و سيأتى الكلام فيه، انتهى.

أقول: و حاصله انه مع اختلاف الغرض لا يجوز الإجبار، و ان أمكن التعديل فى القيمه بلا رد، قال فى الجواهر: و هو كما ترى لا نعرف له مدركا ينطبق على أصولنا إلا دعوى حصول الضرر فى بعض دون آخر، و هى مجرد اقتراح، و انما صدر من العامه على أصولهم الفاسده.

ثم قال فى الجواهر: اللهم الا أن يكون فى مختلف جهه الشركه فيه، بمعنى عدم الشركه فى مجموع آحاده و ان تحققت فى أفراده بأسباب مستقله، فإنه لأجبر

فی قسمه بعض فی بعض قطعا، بل الظاهر عدم مشروعیه القسمه فیه بالمعنی المصطلح و ان جازت بنوع من الصلح و نحوه، لکون القسمه حینئذ قسمه معاوضه لا افراز، و ذلک لانه معها یکون له النصف من کل منهما مثلا، و لا یجب علیه معارضه ما یستحقه فی أحدهما بما لصاحبه فی الأخر، إذ لیست هی إفراز حینئذ بخلاف ما لو کانت الشرکه فی مجموعه، فان له حینئذ نصفا منه و هو یمکن انطباقه علی أحدهما.

و من ذلک یظهر لک اعتبار الإشاعه فی مجموع الأعیان المشترکه التی یراد قسمتها بعض فی بعض، بل لا موضوع للقسمه فی غیره مما آحاده مشترکه بأسباب مستقله من دون شرکه بمجموعه، و لیس المراد فی الأول اعتبار نصف المجموع مثلا کی یرد حینئذ عدم جواز قسمه بعض المال المشترک دون بعض أو قسمه بعضه بالإفراز و الأخر بالتعدیل، و المعلوم خلافه نصا و سیره، و انما المراد زیاده مصادیق النصفیه بملاحظه الشرکه فی المجموع علی وجه یصح قسمته بعض فی بعض بحیث یکون النصف أحد المالین مثلا، فتأمل فإنه دقیق نافع. الی آخر ما ذکره.

و ملخصه: عدم إمکان القسمه بالقیمه فی صوره اختلاف سبب الشرکه، فلو اشترک أخوان فی مال بالإرث و فی آخر بالشراء، کان النصف المشاع من کل واحد لکل واحد من الأخوین، و حینئذ لا یقسم هذان المالان بان یجعل بعضه فی مقابل بعض بالقیمه، و ظاهر کلامه یعم المثلی و القیمی معا.

و لم یتضح لنا وجه هذا التفصیل، لان کل مال مشترک بالإشاعه یکون نصف کل جزء لهذا و النصف الأخر منه للآخر، حتی یصل الی الجزء الذی لا یتجزء من دون فرق بین اتحاد سبب الشرکه و تعدده، و علی هذا فإنه تجعل المصادیق الخارجیه لکلی النصف ثم تعیّن لکل واحد بالقرعه، نعم ان النصف الکلی لما ورثاه لا یکون مصداقا لکلی النصف من المال الذی اشتریاه، و لکن إذا قسمت الأموال من حیث المجموع بلحاظ القیمه إلی قسمین مع غض النظر عن سبب الملکیه تحقق المصداق للمملوک، و بالقرعه یتعین المالک لکل نصف.

و علی الجمله ان اختلاف سبب الملک لا یوجب اختلاف الملک و السیره قائمه

على التقسيم من دون نظر الى أسباب التملك، فان ما تركه الميت لوراثه بالإشاعه، و يقسم بينهم من دون نظرا إلى أفراد التركه من حيث أسباب تملك الميت إياها.

قال المحقق قدس سره: «و إذا سألا القسمه و لهما بينه بالملك قسّم، و ان كان يدهما عليه و لا منازع قال الشيخ فى المبسوط: لا يقسم و قال فى الخلاف: يقسم و هو الأشبه لأن التصرف دلاله الملك» .

أقول: إذا سأل الشريكان الحاكم القسمه فتاره يعلم الحاكم بكون المال ملكا لهما بالاشتراك، و أخرى: تقوم البينه على ذلك عنده، و ثالثه: لا علم و لا بينه بل لهما يد على المال. فعلى الأولين: لا اشكال و لا خلاف فى تصرف الحاكم بتقسيم المال. و على الثالث فعن المبسوط: لا ـ يسمع قولهما بل يطالبان بالبينه على كون المال لهما، و عن الخلاف انه يقسّم و عليه المشهور، و اختاره المحقق بقوله: هو الأشبه، و فى الجواهر: بل لعله لا خلاف فيه بيننا، بل قد يظهر من بعضهم الإجماع عليه.

وجه المنع: احتمال كون التقسيم حكما و الحكم يتوقف على البينه.

و وجه الجواز: ان اليد و التصرف دلاله الملك. و هذا هو المختار، و الاحتياط الذى ذكره صاحب الجواهر «قده» ليس بلازم.

كيفيه القسمه:

ان الحصص لا تخلو من أربع حالات، فتكون القسمه المحتاجه إلى التعديل على أربعه أقسام:

الأول: أن تتساوى الحصص قدرا و قيمه.

الثانى: أن تتساوى الحصص قدرا لا قيمه.

الثالث: أن تتساوى الحصص قيمه لا قدرا.

الرابع: أن تختلف الحصص قدرا و قيمه.

قال المحقق: «الحصص ان تساوت قدرا و قيمه فالقسمه بتعديلها على السهام، لانه يتضمن القيمه كالدار تكون بين اثنين و قيمتها متساويه» فيتحقق التعديل بقسمتها نصفين.

و هـذا هو القسم الأول، و حيث يتحقق التعـديل كما ذكر تصل النوبه إلى القرعه لأجل تعيين حصه كل واحـد من الشـريكين، و سيأتى بيان كيفيه القرعه.

قـال: «و ان تسـاوت قـدرا لاـ قيمه عـدل السـهام قيمه و ألغى القـدر، حتى لو كـان الثلثان بقيمته مساويا للثلث جعل الثلث محاذيا للثلثين» و هذا هو القسم الثانى.

و أمـا كيفيه القرعه: «فهو أن يكتب كل نصف» من النصـفين المتساويين قـدرا و قيمه كما فى القسم الأول أو قـدرا فقط كما فى القسم الثـانى «فى رقعه و يصف كـل واحـد بمـا تميزه عن الأـخر و يجعل ذلك مصونا فى ساتر كالشـمع أو الطين و يأمر من لم يطلع على الصوره بإخراج أحدهما على اسم أحد المتقاسمين فما خرج فله» .

أو «أن يكتب كل اسم» من اسـمى الشـريكين «فى رقعه و يصونهما و يخرج على سـهم من السـهمين، فمن خرج اسـمه فله ذلك السهم» .

قال فى الجواهر: و الظاهر عـدم وجوب خصوص كتابه الرقاع و عدم الصون فى ساتر، بل و عدم وجوب كون المأمور مكلفا، بل و غير ذلـك من القيـود المزبـوره، إذا المراد حصـول التعيين من غير اختيارهمـا أو وكيلهمـا، بـل يفوضـان أمره الى اللّه تعـالى و يفعلان ما يفيده، و ان كان الاولى الاقتصار على المأثور و المعهود.

قلت: و من ذلك عـدم وجوب كتابه رقعتين، بل يكفى ان يكتب رقعه واحـده عليها اسم واحد منهما، فيضع المأمور تلك الرقعه على احدى الحصتين فيكون ما خرج لصاحب الاسم، و الحصه الثانيه للآخر.

قال المحقق: «و ان تساوت الحصـص قيمه لا قـدرا مثل أن يكون للواحـد النصف و للآخر الثلث و للآخر السـدس، و قيمه أجزاء الملك متساويه، سويت السـهام على أقلهم نصـيبا فجعلت أسداسا» و يعطى لكل واحد سـهمه، و تكون العبره بالتعديل من حيث القيمه، بأن يعطى لصاحب السـدس ما يساوى سـدس المجموع قيمه، و لا يكتفى بالتعـديل من حيث العدد أو الوزن أو المساحه مثلا.

مسائل ثلاث

المسأله الاولى

(فى الدار التى لها علو و سفل)

قال المحقق قده: «لو كان لدار علو و سفل فطلب أحد الشريكين قسمتها بحيث يكون لكل واحد منهما نصيب من العلو و السفل بموجب التعديل جاز» بلا خلاف و لا إشكال فى الجواهر.

قال: «و أجبر الممتنع مع انتفاء الضرر» أى لما تقدم من أن المانع من الإجبار هو الضرر، فمع فرض انتفائه يجبر الممتنع منهما عن التقسيم.

قال: «و لو طلب انفراده بالسفل أو العلو لم يجبر الممتنع» .

أقول: قال فى القواعد: «بل أخذ كل منهما نصيبه من العلو و السفل بالتعديل» أى كما فى الوجه الأول المتقدم، و علله كاشف اللثام بقوله: «لان البناء تابع للأرض و العلو للسفل فإنما يجبر على قسمه تأتى على الأرض، و لان من ملك شيئا من الأرض ملك قراره إلى الأرض السابعه و هواه الى السماء، فلو جعلنا لأحدهما العلو قطعنا السفل عن الهواء و العلو عن القرار» . قلت: مضافا الى أنه قد تحدث حادثه توقع النزاع بينهما، كما إذا انهدم سقف السفل فإنه يقع النزاع بين مالك السفل و مالك العلو فى تعميره.

و هناك وجه ثالث من التقسيم لا يجبر الممتنع فيه كالثانى، و قد ذكره المحقق

بقوله: «و كذا لو طلب قسمه كل واحد منهما منفردا» أو طلب قسمه أحدهما و بقاء الثانى على الشركه فامتنع الأخر عن ذلك.

و على لجمله ان صور التقسيم مختلفه، و الملاک العام ما ذکره المحقق قدس سره سابقا من أنه متى لزم الضرر أو الرد لم يجبر، و متى لم يلزم أجبر.

المسأله الثانيه

(فى قسمه الأرض التى فيها زرع)

قال المحقق قدس سره: «لو كان بينهما أرض و زرع فطلب قسمه الأرض حسب، أجبر الممتنع» .

أقول: و قد نقل هذا عن الشيخ بل الظاهر أنه رأى المشهور، و فيه تأمل، لأنه إذا طلب أحدهما قسمه الأرض حسب فقال الأخر: لإبل يقسم الكل أى الأرض و ما عليها، فلما ذا يجبر هذا و لا يجبر ذاک؟ هذا غير واضح عندنا.

قال المحقق: «لان الزرع كالمتاع فى الدار» .

أقول: يعنى فرق بين الأرض و البناء و بين الأرض و الزرع، فان البناء تابع للأرض التى بنى عليها، بخلاف الزرع فإنه لا يتبع الأرض بل هو كالمتاع فى الدار، فيجوز بيع الأرض مجردا عن الزرع لعدم التبعيه كما تباع الدار، و لا يباع معها المتاع الموجود فيها، و من هنا فإذا أراد أحدهما تقسيم الأرض وحدها أجبر الممتنع، و لازم هذا أنه إذا طلب الأخر تقسيم الزرع أيضا أجبر الأخر على ذلک لفرض الاستقلال.

قال: «فلو طلب قسمه الزرع قال الشيخ: لم يجبر الأخر، لأن تعديل ذلک بالسهام غير ممكن، و فيه اشكال من حيث إمكان التعديل بالتقويم إذا لم يكن فيه جهاله» .

أقول: مفاد هذا الكلام هو الاختلاف فى إمكان التعديل و عدمه، لكن الزارعين- و هم أهل الخبره بالتقسيم فى جميع الحالات- إذا توقفوا فى كيفيه التقسيم يبيعون الزرع و يقسمون ثمنه.

ص:۵۹

قال: «اما لو كان بذرا لم يظهر لم تصح القسمه لتحقق الجهاله» .

أقول: لا خلاف فى هـذه المسأله، لأن البـذر الذى يظهر من الأرض لا يمكن تقسـيمه لعدم المساواه بين الحب الموجود فى هذا الجريب من هذه الأرض و بين الموجود فى الجريب الأخر، و ان كان القدر المتعارف بين الزارعين لكل جريب معلوما، و لانه لا يعلم الفاسـد من غيره فى البـذر الموجود فى هـذه الأرض، فما ذهبوا اليه من عدم صـحه القسـمه حينئذ هو الصـحيح بل لا عرفيه للقسمه فى هذه الصوره.

قال: «و لو كان سنبلا قال أيضا: لا يصح. و هو مشكل لجواز بيع الزرع عندنا» .

أقول: قال الشـيخ فى المبسوط: «فان كان بينهما أرض فيها زرع فطلب أحـدهما القسـمه فاما أن يطلب قسـمه الأرض أو الزرع أو قسـمتهما معـا، فان طلب قسـمه الأرض دون غيرها أجبرنا الأخر عليها، على أىّ صـفه كان الزرع، حبا أو قصـيلا (١) أو سنبلا قد اشـتد، لان الزرع فى الأرض كالمتاع فى الدار لا يمنع القسـمه فالزرع مثله، و أما ان طلب قسـمه الزرع وحده لم يجبر الأخر عليه، لان تعديل الزرع بالسهام لا يمكن. و أما ان طلب قسمتها مع زرعها لم يخل الزرع من ثلاثه أحوال:

اما أن يكون بذرا أو حبا مستترا أو قصيلا، فان كان حبا مدفونا لم تجز القسمه، لأنا ان قلنا القسمه إفراز حق فهو قسمه مجهول أو معـدوم فلا تصـح، و ان قلنا بيع لم يجز لمثل هذا. و ان كان الزرع قد اشـتد سـنبله و قوى حبه فالحكم فيه كما لو كان بذرا و قد ذكرناه، و ان كان قصيلا أجبرنا الممتنع عليها، لان القصيل فيها كالشجر فيها، و لو كان فيها شجر قسّمت بشجرها كذلك هنا» .

أقول: لم يتضح لنا وجه تفصيل الشيخ جيدا، و ان حاول صاحب الجواهر قده بيانه فلاحظ و تأمل.

ص: ٦٠

المسأله الثالثه

(فی قسمه القرحان المتعدده)

قال المحقق: «لو کان بینهما قرحان متعدده و طلب واحد قسمتها بعضا فی بعض لم یجبر الممتنع» .

أقول: لو کان بین الشریکین أملاک متعدده مستقل بعضها عن بعض بحیث یری أهل العرف التعدد فیها و الاستقلال (بخلاف ما إذا تعددت الغرف فی دار فان العرف یری الملک واحدا) فالمشهور عدم جواز الإجبار علی تقسیم بعضها ببعض، بأن تجعل قطعه من العقار فی مقابل قطعه، بخلاف ما إذا کان الملک واحدا فلا مانع من جعل غرفه فی مقابل غرفه.

و هذا یکون فی الدور المتعدده، و الأراضی المتعدده، و الدکاکین المتعدده، و الحبوب المختلفه کالحنطه و الشعیر، أما فی الثیاب مثلا فیجوز مع التعدیل فی القیمه.

و کلمات الأصحاب فی عدم الإجبار هنا مطلقه، أی سواء أمکن تقسیم کل واحد علی حده أولا، و سواء کانت متجاوزه أو لا، و عن ابن البراج انه قال: إذا استوت الدور و الأقرحه فی الرغبات قسمت بعضها فی بعض. قال: و کذا لو تضرر بعضهم بقسمه کل علی حده جمع حقه فی ناحیه.

و فی الجواهر التأمل فی تحقق هذه الشهره، لکن الظاهر تحققها-کما فی المسالک-و لم ینقل الخلاف فی المختلف و مفتاح الکرامه إلا عن ابن البراج قدس سره، نعم نقل موافقته عن بعض متأخری المتأخرین کصاحب المدارک.

و أشکل فی الجواهر فیه بأن میزان التقسیم الذی یجبر علیه هو قاعده إیصال الحق الی صاحبه، فإن أمکن التقسیم لکل علی حده بلا ضرر فالمتعین تقسیم کل واحد، و لا یجبر علی تقسیم بعض ببعض، و ان لزم من ذلک ضرر أو لم یمکن أجبر الممتنع،

خلافا للمشهور حيث منعوا عنه، و كان لازم منعهم بيع المال و تقسيم ثمنه كالجواهر الضيقه.

لكن وجه ما ذهب اليه المشهور هو: انّ التقسيم عباره عن تمييز حق كل من الشريكين عن حق الأخر بعد أن كان لكل منهما كلى النصف، فان كان الملك واحدا أمكن تقسيمه بالتناصف، و أما إذا كانا شريكين فى مالين مختلفين عرفا كالغنم و الإبل مثلا فان قلنا لأحدهما: أعط حقك من الغنم فى مقابل حقّك فى الإبل كانت معاوضه و مبادله عند العرف و ليس تمييز حق عن حق.

و بعباره اخرى: ان أدله القسمه منصرفه عما إذا كان الجزء المشاع متميزا فى الخارج عند العرف، و ان موردها هو المال المتحد و ان كان له أجزاء متعدده كالدار المحتويه للبيوت المتعدده.

فهذا وجه ما ذهب اليه المشهور، و ما ذهبوا اليه هو الأظهر.

قال المحقق: «و لو طلب قسمه كل واحد بانفراده أجبر الأخر، و كذا لو كان بينهما حبوب مختلفه» .

أقول: هذا لا خلاف فيه كما فى الجواهر و لا اشكال، لما تقدم من انه فى كل مورد أمكن التقسيم بلا ضرر أجبر الممتنع عنه على ذلك.

قال: «و يقسم القراح الواحد و ان اختلفت أشجار أقطاعه كالدار الواسعه إذا اختلفت أبنيتها» .

أقول: أى لأن الأصل هو الأرض، و الأشجار توابع كالأبنيه كما عرفت سابقا.

و عن الشيخ: و يفارق هذا إذا كانت الأقرحه متجاوره، و لكل قراح طريق ينفرد به لأنها أملاك متميزه، بدليل انه إذا بيع سهم من قراح لم تجب الشفعه فيه بالقراح المجاور له، و ليس كذلك إذا كان القراح واحدا و له طريق واحده، لأنه ملك مجتمع بدليل أنه لو بيع بعضه وجب الشفعه فيه مما بقى، و أصل هذا و جوازه على الشفعه فكل ما بيع بعضه فوجب فيه الشفعه فهو الملك المجتمع، و كل ما إذا بيع بعضه لم

تجب فيه الشفعه لمجاوره كانت أملاكا متفرقه» .

قلت: ان الشيخ قدس سره يعطى ملاك الوحده و التعدد فى هذا المقام بهذا الكلام، و أما من حيث الفتوى فيوافق المشهور.

و لم يفرق المشهور فى الملك بين المتحد سببا و المختلف كالشراء و الإرث و هو الصحيح خلافا لصاحب الجواهر حيث فرّق بينهما كما عرفت سابقا.

قال المحقق: «و لا تقسم الدكاكين المتجاوره بعضها فى بعض قسمه إجباره لأنها أملاك متعدده يقصد كل واحد منها بالسكنى على انفراده فهى كالأقرحه المتباعده.

أقول: و عن العلامه فى الإرشاد الحكم بأن الدكاكين المتجاوره يقسم بعضها فى بعض دون الدور و القرحه، و ظاهر الجواهر موافقته على ذلك قال: انها واحده لأن الأصل الأرض و البناء تابع، فالدكاكين كبيوت الدار، و لعله لذا حكم فى الإرشاد بالجبر، و هو كذلك مع فرض عدم إمكان قسمه كل واحد منها بانفراده.

و فيه: ان الأرض التى عليها الشجر تكون أرضا واحده عند العرف و ان كان شجرها مختلفا، لأن الأشجار توابع للأرض، فيجوز تقسيم البعض منها ببعض، و كذا الأمر فى الدار، لكن نظر العرف فى الدكاكين الى البناء و الأرض تابع له، و لذا يقولون: باع زيد الدكان، أما فى الأرض المشجره فيقولون: باع زيد الأرض.

مضافا الى أن المتحقق عند العرف فى مورد الدكاكين هو المعاوضه و المبادله، بخلاف الأمر بالنسبه إلى بيوت الدار، فهذا المورد مصداق للافراز عندهم دون ذاك.

ص:٦٣

النظر فی اللواحق

الاولی: لو ادعی بعد القسمه الغلط و هی ثلاث،

قال المحقق. «إذا ادّعی بعد القسمه الغلط لم تسمع دعواه، فإن أقام بینه سمعت و حکم ببطلان القسمه، لأن فائدتها تمییز الحق و لم یحصل، و لو عدمها فالتمس الیمین کان له ان ادّعی علی شریکه العلم بالغلط» .

أقول: لا فرق بین أن نأخذ «الغلط» بمعنی الاشتباه أو بمعنی عدم صحه التقسیم و ان کان عن عمد. و قوله: «لم تسمع دعواه» أی مع عدم البینه، و من المدعی علیه الغلط؟ انه القاسم، و قال ثانی الشهیدین: «لا فرق فی عدم سماع دعوی الغلط فی القسمه بمجردها بین کون القاسم منصوب الامام و من تراضیا به و أنفسهما، لأصاله صحه القسمه الی أن یثبت المزیل، و لان منصوب الإمام کالقاضی لا یسمع الدعوی علیه بالظلم» .

قال المحقق الآشتیانی قده: «و قد تنظّر فیه الأستاد العلامه بأن مرجع دعوی الغلط فی القسمه إلی إنکار أصل القسمه، فلیس هناک قسمه مسلم الوقوع بین الشریکین قد وقع النزاع فی صحتها و فسادها حتی یحکم بصحتها، و لا یتوهم جریان هذا الإشکال فی سائر المقامات أیضا، بأن یقال ان مرجع نزاع المتبایعین فی صحه البیع و فساده إنکار أصل البیع، فان البیع العرفی هناک متحقق مسلم الوقوع بینهما، و انما یدعی أحدهما فساده من جهه عدم مراعاه بعض ما اعتبر فیه شرعا، و هذا

بخلاف المقام، فان مرجع النزاع فيه الى إنكار أصل القسمه العرفيه، ضروره أن القسمه من دون التعديل لا تسمى قسمه عرفا أيضا، و الحاصل أن القسمه عباره فى العرف عن التمييز و الافراز حسبما عرفت سابقا، فان سلم وقوعها فلا معنى لدعوى غلط أحد الشريكين فيها، و الا فمرجع النزاع إلى أصل وقوعها» .

قلت: حاصل كلامه عدم انقسام القسمه إلى الصحيحه و الفاسده، بل أمرها يدور بين الوجود و العدم، و ليس الأمر كما ذكره بل فى القرآن الكريم «تِلْكَ إِذاً قِسْمَةٌ ضِيزى» (1).

قال الآشتياني: «ثم أجاب دام ظله عن الاشكال المذكور بوجهين أحدهما، أن يكون المراد بالقسمه هى صورتها لا القسمه الحقيقيه فيقال: انّ الأصل صحه ما وقع من صوره القسمه المسلمه بينهم» .

قلت: و لم يتّضح لنا معنى هذا الكلام.

قال: «ثانيهما: أن يكون المراد منها سبب القسمه، أى فعل القاسم الذى هو سبب لتحقق التميز، فإنه قد يقع و لا يترتب عليه التميز و الانعزال، و قد يقع و يترتب عليه، و قد يقع و يشك فى ترتبه عليه، فالأصل الترتب نظرا إلى أصاله الصحه فى الفعل الواقع من المسلم» .

و كيف كان: «فإن أقام بينه سمعت و حكم ببطلان القسمه» و ذلك كما قال المحقق «لأن فائدتها تمييز الحق و لم يحصل» التمييز لبقاء مقدار من حق أحدهما فى سهم الأخر، و طريق إقامه البينه-كما فى المسالك-ان يحضرا قاسمين حاذقين لينظر أو يمسحا و يعرفا الحال و يشهدا، فان شهد القاسم-و آخر معه-بصحه القسمه قال العلامه ان كان عمله بأجره فهو متهم و ان كان مجانا اعتبرت الشهاده و وقع التعارض بين البينتين، لكنه مشكل-كما فى الجواهر-لأن شهاده الإنسان فى حق نفسه غير مسموعه بل لا تقبل فى عمل الغير الذى يرجع اليه نفعه، نعم يكون قوله

۱- ۱) سوره النجم ۲۲.

حجه فی صوره شک أحد الشریکین و السؤال منه من دون مرافعه.

و کیفیه إقامه الدعوی عند الحاکم علی القاسم أن یقول للحاکم: لقد قامت البینه عندی علی وقوع الخطأ فی القسمه فیقول له: أحضرها، کذا فی مفتاح الکرامه، و قیل: لا تسمع الدعوی علی قاسم الحاکم حتی مع البینه، و هذا مشکل.

فظهر أن الدعوی لا تسمع مع عدم البینه، فإن کان له بینه و أقامها سمعت و ترتب الأثر علی ذلک.

و لو عدم المدعی البینه فهل له التماس الیمین؟ قال المحقق: کان له.

فمن یکون الحالف حینئذ القاسم أو الشریک؟ قال المحقق: الشریک. و هل یحلّفه مطلقا؟ قال المحقق لإبل ان ادعی علی الشریک العلم بالغلط.

و توضیح ما ذهب الیه المحقق هو: انه ان ادعی علی الشریک علمه بالغلط -بأن یقول له علمت بالغلط قبل انتهائه أو یدعیه علیه بعد العمل-فإن أقر الشریک فلا کلام و ان أنکر أحلفه الحاکم، فان حلف علی نفی العلم سقطت الدعوی، و ان نکل ثبتت الدعوی بناء علی ثبوتها بالنکول، و أما علی القول بعدم کفایه النکول رد الیمین علی المدعی فان حلف ثبتت و الا سقطت.

أما القاسم فلا یحلف، لأنه ان حلف بعدم الغلط کانت النتیجه للغیر و هو المدعی علیه، و ان أقرّ لا یعتبر إقراره لأن نفعه یعود الی المدعی و المفروض أن الشریک لا یصدقه.

فان کان القاسم منصوبا من قبل الحاکم فلا یحلف بالأولویه.

و قال جماعه بجواز حلف الشریک علی نفی الواقع، بل قیل انه المشهور بین الأصحاب خلافا للمحقق.

و لو أنهما قسّما المال بأنفسهما فادعی أحدهما وقوع الغلط و أنکر الأخر فلا یحلف المنکر مع عدم البینه-الا علی نفی العلم بالغلط و الاشتباه.

هذا کلام المحقق، و قد وافقه فی الجواهر خلافا للآخرین.

أقول: و الحق ما ذهب اليه المحقق، لان القاسم لا يحلف، لان يمينه فی حق الغير، و لا يحلف الشريک على نفی الواقع، لأنه فی فعل الغير، فتبقى اليمين على نفی العلم، و كذا الأمر فيما إذا قسما بأنفسهما، فإنه لا يمكن إحلاف الشريک على نفی الواقع، مع أن المدعى قد شاركه فی هذا التقسيم حسب الفرض.

و قال المحقق الكنی ما حاصله: ان الغلط يكون تاره بمعنى المصدر المبنی للفاعل، و عليه فلا يمكن إحلاف الشريک على نفی الغلط من القاسم، و أخرى يكون بمعنى المصدر المبنی للمفعول، فهنا يجوز إحلافه و له الحلف على نفی وقوع الغلط ان كان عالما، فمن قال بعدم الجواز فقد أخذ الغلط بذاک المعنى، و من قال بالجواز أخذه بهذا المعنى. و بذلک يجمع بين القولين.

أقول: و بناء على كون «الغلط» بمعنى المصدر المبنی للمفعول يمكن أن يكون المدعى عليه هو الشريک، كما إذا كان بنفسه دخيلا فی القسمه أو ناظرا لها، و حينئذ يكون حلفه فی فعل نفسه، و كذا لو ادعى عليه وجود شیء من حقه فيما بيده من المال، فله ان يحلف على القطع و البت ان كان عالما و الا رد.

و لعل هذا هو مراد من نص على جواز إحلاف الشريک و ان لم يدع عليه العلم.

الثانيه: إذا اقتسما ثم ظهر البعض مستحقا:

قال المحقق قدس سره: «إذا اقتسما ثم ظهر البعض مستحقا، فان كان معينا مع أحدهما بطلت القسمه و لو كان فيهما بالسويه لم تبطل. و لو كان فيهما لا بالسويه بطلت.» أقول: قال الشيخ قدس سره فی المبسوط: «إذا كانت يدهما على ضيعه ثلاثين جريبا فاقتسماها نصفين فبان ثلثها مستحقا فان المستحق يتسلم حقّه، و أما القسمه فلا يخلو المستحق من أحد أمرين، اما ان يكون معينا أو مشاعا، فان كان معينا نظرت فان حصل فی سهم أحدهما بطلت القسمه، لأن الإشاعه عادت الى حق شريكه، و ذلک ان القسمه تراد لإفراز حقه عن حق شريكه، فإذا كان بعض ما حصل

له مستحقا كان حقه باقيا فى حق شريكه، فاما ان وقع المستحق فى نصيبهما معا نظرت، فان وقع منه مع أحدهما أكثر مما وقع مع الأخر بطلت القسمه أيضا لما مضى، و ان كان فيهما سواء من غير فضل أخذ المستحق حقه و ينصرف و كانت القسمه فى قدر الملك الصحيح صحيحه، لأن القسمه إفراز الحق و قد أفرز كل واحد منهما حقه عن حق شريكه هذا إذا كان المستحق معينا و أما ان كان مشاعا.» فنقول: إذا اقتسم المتقاسمان المال بينهما، ثم ظهر كون بعض المال مستحقا لغيرهما، فتاره يكون المال المستحق للثالث معينا، و اخرى يكون مشاعا، فان كان معينا فهنا صور:

الاولى: أن يكون المال المستحق مع أحدهما دون الأخر. فهنا تبطل القسمه بلا اشكال و لا خلاف، لبقاء الشركه حينئذ فى النصيب الأخر، لعدم تحقق التعديل بين النصيبين.

و الثانيه: أن يكون المال المستحق فى مال المتقاسمين كليهما بالسويه، و هنا لا تبطل القسمه بلا خلاف و لا إشكال، لأن الغرض من القسمه و هو افراز كل واحد من الحقين عن الأخر حاصل، فالقدر المسلّم به زوال الشركه الكائنه بينهما بهذه القسمه، و أما كون الثالث شريكا مع كل واحد فهذا فيه بحث سيأتى.

و ما عن بعض العامه من احتمال بطلان القسمه هنا لتبعض الصفقه ضعيف، لانه مبنى على ان القسمه بيع، و قد تقدم أنها معامله مستقله و ليست ببيع.

و الثالثه: أن يكون المال المستحق فيهما لا بالسويه، ففى هذه الصوره تبطل القسمه لعدم تحقق الشرط فى القسمه و هو التعديل بعد إخراج سهم الثالث.

و حيث يتحقق التعديل فيحكم بصحه القسمه. كما فى الصوره الثانيه. فلا حاجه الى تقييد ذلک بما إذا لم يحدث نقص فى حصه أحدهما بأخذ المال المستحق و لم يظهر به تفاوت بين الحصتين، مثل أن يسد طريقه أو مجرى مائه أو ضوئه لوضوح بطلان القسمه حينئذ لعدم تحقق التعديل.

ص:۶۸

و كـذا الأمر لو ظهر فی نصـيب أحـدهما عيب، و قيل هنا بعـدم البطلان بل هو مخيّر بين أخـذ الأرش و الفسخ بالإقاله. و فيه، ان أدله الإقاله لا تأتی فی القسمه لأنها ليست ببيع كما تقدم (١).

و كذا لا يأتی فی القسمه خيار الغبن لما ذكرنا.

و لما ذكرنا أيضا لا حرمه لما يحـدثه أحـدهما فيما بيده من بناء و نحوه لو ظهر الاسـتحقاق-بخلاف البيع، فان ذلک له حرمه لو أراد الفسخ-فيكون نظير ما إذا بنی دارا علی أرض ظانا بأنها ملكه فبانت لغيره، فلا يستحق شيئا علی صاحب الأرض-الا إذا كان مغرورا فـإنه يرجع علی من غرّه. نعم له نقل الأعيان التی تكون له مع الإمكان، و كـذا لو اسـتعار كتابا ثم صـححه ظانّا بأنه ملكه، فليس له مطالبه أجره فی مقابل عمله من مالكه.

نعم لو كان الحاكم سبب الضرر أمكن القول بكون الضرر علی بيت المال.

هذا كله ان كان المستحق معينا.

قال المحقق قـده: «و ان كان المسـتحق مشاعا معهما فللشـيخ قولان (٢) أحـدهما: لا- تبطل فيما زاد عن المسـتحق، و الثانی تبطل لأنها وقعت من دون اذن الشريک و هو الأشبه» .

أقول: لو ظهر كون ثلث الأرض مستحقا لغيرهما، فان كان مع سهم كلا

الطرفين شارك كلا منهما فيما وصل إليه بالإشاعه، فالقسمه بين المقتسمين متحققه و ليس الكل شركاء فی الكل، لكن شركه الثالث معهما يتوقف على الاذن، و حينئذ فهل يؤثر رضاه بعد تلك القسمه التی أدت الی هذه الشركه فضوله؟ الظاهر ذلك، كما إذا كان اخوان شريكين فی مال فمات أحدهما، فقسم المال بين الباقی منهما و ابن الميت، ثم ظهر للولد أخ، فإنه يشترك مع أخيه فی النصف مشاعا، و يستقل عمهما بالنصف الأخر، فإذا حضر الأخ و أجاز القسمه هذه صحت، و فيما نحن فيه إذا أجاز المستحق كان شريكا معهما، بمعنى انحلال الشركه الاولی و حدوث شركه ثانيه، فيكون نظير ما إذا قسّم المال المشترك بين أربعه إلى قسمين يشترك كل اثنين منهما فی قسم.

و كما لو كان عبدان مشتركين بين اثنين بالتناصف و كان أحدهما يسوی عشرين دينارا، و الأخر يسوی عشره دنانير، فلو طالب أحدهما الاستقلال فی تملك الرخيص منهما جاز، فيكون الرخيص مع ربع النفيس لهذا، و تبقى ثلاثه أرباع النفيس للآخر، فقد تبدّلت شركتهما بهذه القسمه إلى نحو آخر من الشركه، و لما ذكرنا قال فی الجواهر: ربما ظهر من تعليل المصنف و غيره الصحه مع الاذن، على ان تكون حصته مشاعه معهما، و حينئذ فلحوقها كاف.

و بالجمله: إذا أمضی يكون شريكا مع كل واحد فيما بيده بالنصف مشاعا فی الفرض المذكور أولا، و هذا كلّه فيما إذا كان التقسيم بالتعديل و الاّ بطلت القسمه.

و لو كان فی سهم أحدهما حيوان مثلا فتلف، فان كانت القسمه صحيحه فهو فی ملكه، و ان كانت باطله ثبت الضمان، سواء كان التلف بسببه أو بسبب غيره، لان المأخوذ بالقسمه الباطله حكمه حكم المأخوذ بالعقد الفاسد.

الثالثه: لو قسم تركه الميت ثم ظهر عليه دين

قال المحقق قده: «لو قسّم الورثه تركه ثم ظهر على الميت دين، فان قام

الورثه بالدين لم تبطل القسمه، و ان امتنعوا نقضت و قضى منها الدين» .

أقول: مذهب المحقق قدس سره هو أن التركه تبقى على حكم مال الميت فإن أدى الورثه الدين كان لهم المال، و الا كان للديان أخذ التركه فى مقابل حقهم، و بعباره اخرى: انه يتعلق بالتركه حق الورثه بأن تكون لهم بعد أداء دين مورثهم و يتعلق بها حق الديان، بأن يأخذوها فى مقابل الدين ان امتنع الورثه عن أدائه، فتكون التركه موردا لتعلق حقين طوليين كالمال المرهون.

و قال العلامه فى القواعد: «و لو قسّم الورثه التركه و ظهر دين فإن أدوه من مالهم و الا بطلت القسمه، و لو امتنع بعضهم من الأداء بيع من نصيبه خاصه بقدر ما يخصه من الدين، و لو اقتسموا البعض و كان فى الباقى وفاء اخرج منه الدين، فان تلفت قبل أدائه كان الدين فى المقسوم ان لم تؤد الورثه» و حاصل العباره:

ان الورثه يملكون التركه ملكيه متزلزله، فإن أدّوا الدين استقرت و الا أخذ الديان التركه.

و كيف كان، فان قسّم الورثه التركه و ظهر الدين، فتاره يكون الدين مستوعبا لها و اخرى لا يكون كذلك، فبناءا على مختار القواعد و بعضهم قد قسموا ما لا هو لهم فالقسمه صحيحه، و حينئذ يتعلق حق الديان-المتعلق سابقا بكلى التركه- بالسهام المتشخصه بالتقسيم و المتحققه خارجا بيد كل واحد من الورثه، فإن أدوا جميعهم الدين فقد استقر ملكهم، و ان أدى بعضهم دون بعض فقد استقرت مالكيه من أدّى دون من امتنع.

قد يقال: ان هذه التركه تكون كالمال المرهون الذى ليس لصاحبه، و لا يجوز للمرتهن التصرف فيه الاّ مع اذن الأخر، فكيف تكون قسمه الورثه للتركه صحيحه بدون اذن الديّان حتى يتشخص بهذه القسمه متعلّق حقهم بعد أن كان كلّيا؟ لكن يمكن الجواب عنه بأنه لا مانع من التصرف غير المنافى لحق الديان،

فإن أدله الإرث و القسمه تقتضى جواز التقسيم، و لا يعارض ذلك مقتضى أدله وجوب أداء الدين، غير أن متعلق حق الديان أصبح شخصيا بعد أن كان كليا و هذا لا مانع منه، لانه يكون نظير ما إذا أدّوا نصف الدين قبل التقسيم و بقى النصف الأخر، نعم لو كان الشأن بحيث إذا لم يؤد جميع الدين كان جميع التركه كالمال المرهون من حيث عدم جواز التصرف فيه الا مع الاذن بطلت القسمه و ان لم يمتنع بعض الورثه عن أداء ما عليهم.

و عليه فان مات المورث و عليه الخمس، و اقتسم الورثه التركه فأدى بعضهم ما عليهم و امتنع البعض الأخر، فعلى التقدير الأول: يكون من أدّى ما عليه بالنسبه -من المال الواجب أداؤه من جهه الخمس الذى كان على الميت- مالكا لما بيده، و من امتنع لم يجز له التصرف فيما بيده، و على التقدير الثانى: لا يجوز لأحد منهم التصرف فيما بيده حتى يدفع الخمس كله. لكن فى هذا المورد بالخصوص نص يقتضى الوجه الأول (١).

اذن يصح التقسيم بناء على الملكيه المتزلزله إلا فى الصوره المذكوره، و ان هذا المقدار من التصرف بدون اذن الديان لا مانع منه لعدم منافاته لحقهم، فيكون نظير ما إذا اشتريا مالا مع خيار الفسخ للبائع مده معينه، فلا مانع من أن يقسما المال بينهما، فإن أخذ البائع بالخيار فى المده استرجع ما فى يد كليهما و لا اشكال فيه.

و أما على مبنى المحقق فيشكل بأنه كيف تصح القسمه فى مال الغير؟ و كيف يباع سهم الممتنع عليه مع انه للغير؟ و أجيب بأن المال و ان لم يكن للورثه إلا

أنه متعلق لحق شرعى لهم، فحيث أدّوا الدين تنتقل التركه إليهم و تكون ملكا لهم، فهم فى التحقيقه قد قسموا ما لا- متعلقا لحقهم، و يملك كل واحد منهم ما وقع اليه بأداء المقدار المتعلق من الدين به، و يكون الحاصل: صحه القسمه بالنسبه الى من أدّى و بطلانها بالنسبه الى من امتنع، بمعنى عدم جواز تصرفه فيما وقع اليه لا بمعنى بطلان القسمه.

و لو ظهرت وصيه تمليكيه بعد القسمه فإن كانت بإنشاء تمليك مال بعد الموت فتماميتها تتوقف على قبول الموصى له، فان قبل كان المال ملكا له، و ان كانت وصيه بتمليك مال إليه، فإن ملّكه الوصى كان ملكه، و الا كان فى حكم مال الميت فلا يتصرف فيه أحد و لا يقسم بين الورثه.

و محل الكلام فيما إذا قسّم المال ثم ظهر كونه موردا للوصيه التمليكيه، ففى الدروس و المسالك انه ان كانت الوصيه وصيه مال من غير اضافه لها الى مال معين كانت كالدين، و ان كانت مضافه كأن يوصى بدفع عشر ما له مثلا كانت كالمال المستحق فى الحكم المذكور سابقا.

أقوال: جعلهم الوصيه فى الصوره الأولى كالدين فيه تأمل، لأنه فى الدين ذمه الميت مشغوله، و أما إذا قال ادفعوا من مالى مأه أو ادفعوا هذه المائه كان المال للموصى له مع قبوله بعد موت الموصى، لا باقيا فى حكم مال الميت حتى يكون كالدين، و لا للوارث كما اختار صاحب الجواهر فى الدين. و لا يصح ان نعتبر الان اشتغال ذمته بعد الموت، إذ لا عرفيه لذلك.

و لو أرسل و قال: ادفعوا مائه، فإنه لا مناص من أن يجعل من المال بمقدار المائه للموصى له، فلو عادلت المائه عشر المال كان العشر له بالإشاعه، و يمكن ان يكون كالصاع من الصبره، و حينئذ يكون لهم التصرف فى المال حتى إذا بقى المقدار الموصى به و انحصر الكلى فى الفرد منعوا من التصرف فيه، لانه ملك للموصى له.

بخلاف ما إذا كان بنحو الإشاعه فلا يجوز التصرف فى شيء من المال إلا بإذن الموصى له، لان المفروض انه يشاركهم فى كل جزء جزء من المال. و كيف

كان فليس هذا كالدين.

و بناء على ما ذكرنا يكون حكم قسمه هذا المال حكم قسمه المال الموجود فيه مال مستحق لغير الوارث، و قد تقدم الكلام عليه، و لا يبعد أن تكون القسمه صحيحه حتى لو كان مع التصرف المحرم لعدم الاذن-نظير ما إذا غصب مالا و باعه لنفسه معاطاه فضوله فأجاز المالک، فالبيع صحيح و ان كانت تصرفاته محرمه، لجواز اجتماع الحكم التكليفى و هو حرمه التصرف مع الحكم الوضعى و هو الصحه.

و لو كان مورد القسمه أرضا فقسموها، فوقع مجرى ماء أحد السهمين فى السهم الأخر لم يجز لصاحب هذا منع الماء، و لو قسموا دارا كبيره لها بابان فكان لكل من السهمين باب فلا يجوز لأحدهما الدخول من باب الأخر-إلا مع اذنه-و ان كان هذا الباب أوسع أو أقرب، بخلاف ما إذا كان للدار باب واحد و لا يمكن احداث باب آخر فلا يجوز لهذا منعه.

هذا و هل لولى الطفل أو المجنون المطالبه بالقسمه؟ ان كان فى القسمه مفسده للمولى عليه فلا ريب فى العدم، و هل يكفى عدم المفسده أو يشترط وجود المصلحه له؟ قولان، و مع تساوى الأمرين-الشركه و عدمها-من حيث المصلحه فهل يجوز له ان يطالب بالقسمه؟ قولان. و قيل فى هذه الصوره تكون اجره القسام على الولى نفسه.

أقول: و الأحوط ان لا يطالب الولى بالقسمه إلا فى صوره وجود المصلحه للمولى عليه، لأن الأجره تكون على المولى عليه لأعلى الولى.

و حيث يطلب الشريک القسمه و لا مفسده للمولى عليه، فهل يجبر الولى؟ الظاهر ذلک، و كذا العكس لكن عليه الأجره.

الكلام فی:أحكام الدعاوی

اشاره

ص:۷۵

تعریف المدعی:

اختلفت کلمات الأصحاب فی تعریف «المدعی» الذی استفاض ذکره فی نصوص کتاب القضاء، فعرّفوه بتعاریف:

قال المحقق: «و هو الذی یترک لو ترک الخصومه» أی: هو الذی یخلی سبیله و یسکت عنه لو سکت عن الخصومه. و هذا التعریف للمحقق و جماعه بل قیل انه المشهور.

«و قیل هو الذی یدعی خلاف الأصل أو أمرا خفیا» أی: منافیا للظاهر الشرعی قال فی الجواهر «و عن بعضهم حکایه التفسیر بالمعطوف خاصه عن بعض، و بالمعطوف علیه خاصه عن آخر. و حینئذ تکون الأقوال أربعه» .

و قد نوقش الأول عدم الانعکاس أو عدم الاطراد، فقد یترک المدعی الدعوی أو المدعی علیه و تبقی الخصومه، فلو أودع مالا عند شخص فادعی ردّه علیه فأنکر صاحب المال لم یترک المدعی لو ترک دعوی الرد بل یطالب بالرد، و أجاب فی الجواهر بأن مطالبه المدعی بالیمین و المنکر بالبینه لا یخرج المدعی عن کونه مدعیا، بل ذلک مقتضی الدلیل الشرعی فی بعض الموارد بنحو التخصیص، و فی العروه: ان هنا دعویین إحداهما الإیداع عنده و الثانیه دعواه الرد، فلو ترک هذا دعوی الرد انتفت الخصومه الثانیه و لکن الأولی باقیه.

و المراد من «الأصل» فی التعریف الثانی هو القاعده الکلیه، أعم من الأصل

و الامارات کالید و الاستصحاب، فالأصل فی الید دلالتها علی الملکیه، فمن ادعی علی خلاف مقتضاها قیل له أنت تدعی خلاف الأصل.

و قد یراد من «الظاهر» معنی غیر «الأصل» کما لو أرخی الزوجان الستر ثم اختلفا فی الدخول فادعته الزوجه و ادعی الزوج العدم کانت دعوی الزوج مخالفه للظاهر.

و لو أسلم الزوجان فادعت الزوجه التقارن فالنکاح باق و أنکر الزوج فهو باطل، فان مقتضی الأصل هو عدم الإسلام المقارن، و أصاله عدم المقارنه مثبته.

هذا و لکن الاولی-وفاقا للجواهر-هو الرجوع الی العرف فی تشخیص المدعی من المنکر، و فی مورد التداعی حیث یصدق «المدعی» علی کلیهما یطالبان معا بالبینه، و حیث یشک یعیّن المدعی من المنکر بالقرعه.

و فی العرف: المدعی هو من یرید إثبات حق له علی غیره فیطالب به عند الحاکم، أو یرید التخلص من حق لغیره علیه، کأن یدعی إرجاع الامانه و تسلیم الودیعه و أداء الدین، فیکون الحاصل وجوب إقامه البینه علی من کان عند العرف مدعیا و الیمین علی من کان عندهم منکرا، لان الخطابات الشرعیه مثل «البینه علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه» أو «علی من أنکر» و نحوها ملقاه إلی العرف و لیس للشارع جعل خاص لموضوعات الاحکام فی هذه الموارد-و ان قیل بذلک فی خصوص المدعی-فتشخیص الموضوع بید العرف، نعم قد یخطأ العرف فی تشخیص موضوع من موضوعات الاحکام و حینئذ لا یوکل الشرع الأمر إلی العرف فی ذاک المورد بل یعیّن موضوع حکمه بنفسه، و هذا لا ینافی کون خطاباته ملقاه إلی العرف.

فالتحقیق فی المقام ما ذکرناه، و من عرّف المدعی بنحو من الأنحاء المذکوره فقد لحظ المعنی الأکثر انطباقا فی الموارد فی نظره و جعله عنوانا، کلیا له، و الا فلا دلیل فی الکتاب و السنه و لا قرینه علی تعیین أحد تلک التعاریف.

ص:۷۸

و حيث عيّن العرف المدعى-و لم يخطئه الشارع-توجه إليه الوظيفه الشرعيه فى إقامه الدعوى، سواء، ترك المخاصمه لو ترك أولا، و سواء كانت دعواه مخالفه للأصل أو الظاهر أو موافقه.

ثم انه قد يختلف الأمر باختلاف مصب الدعوى، ففى الإجاره مثلا قد يدعى المستأجر وقوع الإجاره بمائه و يدعى الموجر وقوعها بمأتين، فهنا كل منهما يدعى شيئا و ينكر ما يدعيه الأخر فيكون التداعى و عليهما البينه، و قد يكون مصب الدعوى المأه المختلف فيها، و حينئذ يكون القائل بالمأتين و هو الموجر مدعيا و عليه إقامه البينه و المستأجر منكرا و عليه اليمين، فإن أقام المؤجر البينه ثبتت المأه على المستأجر و الا حلف و سقطت دعوى الموجر.

و فى الدين: ان طالب الدائن بالمال و أنكر المدين كان الأول هو المدعى و ان قال المدين: قد أديب الدين انقلب مدعيا و كان عليه إقامه البينه على الأداء فى البيع، كأن يقول بعت بعشرين و يقول المشترى: بل بعشره، أو يقول: بعتك بعشرين دينارا من ذهب، فيقول المشترى: بل من فضه، أو يقول: بعتك هذا الشىء، فيقول بل وهبتنى إياه، و تظهر الثمره فى الفرض الأخير عند تلف العين مع الفساد، فان كان الواقع بيعا فاسدا ضمن الآخذ و ان كان هبه فاسده لم يضمن.

و لو كان مورد المخاصمه هو الضمان فهذا يدعى اشتغال ذمه الأخر و ذاك ينكر، و حينئذ يكون الملاحظ نتيجه النزاع، و لا يلتفت الى النزاع حول كون المعامله هبه أو بيعا، أما إذا كان مورد النزاع هذه الناحيه فإنه يقع التعارض بين الدعويين لجريان أصاله العدم فى كلا الطرفين.

و مع الجهل بمصب الدعوى و مورد المخاصمه يعيّن بالقرعه.

و كيف كان فان الملاحظ هو نظر العرف فى تعيين المدعى و المنكر، و يؤخذ بنظر الاعتبار مصب الدعوى، إذ الأمر يختلف باختلافه كما مثلنا.

ص:٧٩

الشروط المعتبره فی المدعی:

(البلوغ)

و کیف کان فقد ذکر المحقق قدس سره الشروط المعتبره فی المدعی بقوله:

«و یشترط فیه: البلوغ، و العقل، و أن یدعی لنفسه أو لمن له ولایه الدعوی عنه، و ما یصح منه تملّکه، فهذه قیود أربعه، فلا تسمع دعوی الصغیر» أقول: الشرط الأول الذی ذکره هو «البلوغ» ثم قال: «فلا تسمع دعوی الصغیر» و لنا فی اعتبار هذا الشرط بنحو الإطلاق بحث الا ان یکون إجماع، لأن دعوی انصراف أدله القضاء عن دعوی غیر البالغ ضعیفه، لأن الغرض من نصب القاضی حفظ الحقوق و النظام، و ان اللّه عز و جل لا یرضی بضیاع حقوق غیر البالغین، و مثلها دعوی ان المتبادر من أدله القضاء و سماع الدعوی هو کون المدعی بالغا، فان فی تلک الأدله عمومات و إطلاقات تشمل الصغیر قطعا مثل قوله تعالی «فَاحْکُمْ بَیْنَ اَلنّاسِ بِالْحَقِّ» ، و مع هذه الأدله لا وجه للتمسک بالأصل-کما فی المستند.

و أما قوله فی توجیه عدم سماع دعوی الصغیر بأنه قد یحتاج إلی أمور یشترط فیها البلوغ مثل إقامه البینه. ففیه: انه لا دلیل علی اشتراط البلوغ فی إقامه البینه، فإذا أقامها الصغیر علی طبق الموازین الشرعیه فلا وجه لعدم قبولها، و الأدله الرافعه لآثار قول الصبی منصرفه عن کون مورد دعواه ظلم أحد له کالضرب و نحوه، نعم الاعتبارات المحتاجه إلی الإنشاء غیر مسموعه منه، کما أنه إذا وصل الأمر فی المخاصمه إلی الیمین فلا یحلف و لا یحلّف.

و بعباره أخری: البلوغ لیس شرطا فی أصل الدعوی، فان دعوی الصغیر تسمع لکن الأمور المترتبه و أحکام فصل الخصومه و موازین القضاء یشترط فی بعضها البلوغ کالحلف و الإقرار فلا یحلف و لا یحلّف و لا یترتب الأثر علی إقراره، و حینئذ یقوم ولیه مقامه فی هذه الأمور، و بعضها لا یشترط فیه البلوغ کإقامه البینه، و حینئذ یترتب الأثر لعموم الأدله، و انصراف «عمد الصبی خطا» و نحوه عن مثل ذلک

بـل قـال المحقق الكنى قـده: ان الأصـحاب لم يعملوا بهـذه الأدله و اعتبروا قول الصبى فى موارد، كقبول قوله فى إنبـات الشـعر بالعلاج، و كما لو أوقع معامله فقال البائع ببطلانها لكونه صغيرا فادعى البلوغ سمعت دعواه و حكم بصحه المعامله.

نعم ان كـان متعلق دعواه مالا ـ فلا تسـمع، لأجل الصـغر لانه لا سـلطنه له على مال فلا سـلطنه له على دعوى متعلقه بالمال، فعـدم سماع دعواه حينئـذ يكون من هـذا الحيث لأمن جهه ان الصبى مسـلوب العباره، لكن الـدعوى ليست من شـئون المطالبه بالمال، فـإنه إذا أثبت المال بالبينه أمكن ان يباشـر المطالبه وليّه أو الحاكم نفسه، و ليس إثبات تملك المال تصـرفا فيه حتى يقال بعـدم السلطنه له على المال، و لذا يجوز للأجنبى ان يثبت مالا لغيره، فيكون ذلك فى الحقيقه كالكشف لأمر مخفى.

اشتراط العقل:

قـال المحقق: «و لا ـ المجنون» أقول: الشـرط الثـانى الـذى ذكره المحقق و غيره هو «العقل» و يـدل على اعتباره ما دل على اعتبار البلوغ، لكن مقتضى عمومات أدله القضاء سماع دعواه فى غير التصرفات الممنوعه كما إذا ادعى على شخص انه جنى عليه، فان الشارع لا يرضى بالجنايه على المجنون و لا يترك الجانى عليه من غير مؤاخذه و عقوبه.

و عن المحقق الأردبيلى قده و جماعه اشتراط كونه رشـيدا، فلا تسـمع الدعوى من السـفيه، بل عن المعتمد دعوى الإجماع عليه، لكن الأدله القـائمه على وجوب إحقاق الحق و حفظ الأموال و النظام تقتضـى وجوب سـماع دعواه. نعم لا تسـمع فى الـدعاوى المتعلقه بالمـال، بـل ان دعواه فيها تسـمع أيضا لأن الـدعوى و إثبات الحق غير التصـرف. و اما دعوى الإجماع على هـذا الشـرط ففيها منع واضح.

ان لا يدعى مالا لغيره:

قال: «و لا دعواه مالا لغيره الا أن يكون وكيلا أو وصيا أو وليا أو حاكما

أو أمينا لحاكم» .

أقول: ادعى فى الجواهر عـدم الخلاف فيه، لكنهم يحكمون بسـماعها فى بعض الموارد من غير أحـد ممن ذكر، فلو غصب مال من يد المرتهن أو المستعير سمعت دعواه عند الحاكم، و قيل فى الرهن بجواز الدعوى بعنوان حق نفسه.

قلت: و بعض النظر عن حكمهم بالسـماع فى هذه الموارد فإنه لا مانع من ان يدعى الإنسان حقا لغيره ما لم يسـتلزم التصرف فيه، و دعوى انصـراف «فَاحْكُمْ بَيْنَ اَلنّاسِ بِالْحَقِّ» عنه غير مسـموعه، اللهم الا ان تكون الدعوى نفسـها تصـرفا فيشـكل الدعوى أخذا بشاهد الحال و اعتمادا على اذن الفحوى من المالك، لان الفحوى و شاهد الحال لا يشـملان هكذا تصـرف اعتبارى، بل يتوقف سماعها منه على الاذن الصريح.

لكن لو كـان المـدعى من أقربـاء المالـك و ذويه فالظـاهر الاسـتماع فى مـا لا ـ يسـتلزم تصـرفا فى مـاله من غير ولايه و لا وكاله لانصراف أدله المنع حينئذ، و القدر المتيقن من الإجماع غيره.

ثم ان المشـهور قيام الوكيل و الوصـى و الولى مقام صاحب المال فى جميع مراحل الدعوى، و اسـتثنى بعضـهم إحلاف المدعى عليه، الا أنّ أن مقتضى عمومات أدله الولايه و الوكاله و الوصايه. هو جواز الإحلاف أيضا كما عليه المشهور.

ان لا يدعى ما لا يجوز تملكه:

قال المحقق: «و لا تسمع دعوى المسلم خمرا أو خنزيرا» .

أقول: و يشترط فى الدعوى أن يكون موردها أمرا جائزا شـرعا و عقلا، فلا تسمع دعوى المسلم خمرا أو خنزيرا و نحوهما مما لا يصـح تملكه له، و لا ـ تسـمع دعواه زوجيه احـدى محـارمه، و قيـل: له دعوى الأولويه بالخمر مثلا لأجل فائـده محلله، كأن يبقى الخمر حتى تنقلب خلا، أو يأخـذ العـذره للتسـميد، كما لا بأس بدعوى اسـتحقاق ثمنها حال عدم الإسـلام، أو يدعى ثمنها على مستحلها بناء على جواز بيعها ممن يستحلها، و الدليل على الجواز عمومات أدله القضاء بعد عدم تماميه

دعوی انصرافها عن مثل ذلک.

اشتراط کون الدعوی صحیحه لازمه:

قال المحقق قدس سره: «و لا بد من کون الدعوی صحیحه لازمه، فلو ادعی هبه لم تسمع حتی یدعی الإقباض، و کذا لو ادعی رهنا» .

أقول: مثل بالهبه قبل الإقباض و بالرهن قبله للدعوی غیر الصحیحه اللازمه لأن الموهوب ما لم یقبض لم یملک، و فی الرهن قال المحقق: «و هل یشترط فی الرهن القبض؟ قیل: لا، و قیل: نعم و هو الأصح» .

أما اشتراط کون الدعوی صحیحه فدلیله واضح، فلو ادعی الهبه و أقر المدعی علیه لم یلزم بشیء، بل لا بد من أن یدعی هبه صحیحه کأن یقول له:

و هبتنی ذلک و أقبضتنی إیاه.

و اما اشتراط کونها لازمه فإن الهبه إذا لم تکن إلی ذی رحم و کانت العین باقیه جاز للواهب الرجوع حتی مع الإقباض، و لذا قیل بسقوط الدعوی فیما لو ادعی علیه الهبه فأنکر، إذ یکون الإنکار رجوعا، نظیر ما إذا أنکر الزوج إطلاق فإن إنکاره رجوع.

و بالجمله فاشتراط الصحه لا ریب فیه، و لذا لو قال: هذه ثمره نخلی لم تسمع إذ یمکن ان لا تکون ملکه إلا إذا صرح فی دعواه بکونها ملکا له کما سیأتی، لکن عن المحقق الأردبیلی الإشکال فی اشتراط اللزوم فقد قال «ره» : «ما المانع من أن یدعی الصحه أولا ـ فیثبتها و یدعی اللزوم؟ ثم انه یرد علیهم مثله فیما إذا ضم إلیها دعوی القبض، إذ لعل الموهوب له أجنبی. علی أنه یرد مثله فی دعوی البیع.

إذ علی هذا لا بد من دعوی انقضاء المجلس أو الأیام الثلاثه فی الحیوان و لا قائل به» .

و أورد علیه فی الجواهر بقوله: «و فیه ان الصحه بدون القبض لیس حقا لازما للمدعی علیه، ضروره رجوع ذلک الی التهیّؤ للصحه مع تمام ما یعتبر فیها، و هبه

الأجنبى مع القبض صحيحه و يترتب عليها الأثر و ان جاز له الفسخ، فان المراد باللازمه المقتضيه للاستحقاق على المدعى عليه، لا كون المدعى به أمرا لازما على وجه لا يكون به خيار للمدعى عليه.» .

قلت: و الصحيح أنه ليس الإنكار فيما نحن فيه رجوعا كالطلاق، فان الحكم المذكور يختص بالطلاق، و لذا لا يكون إنكار البيع فسخا له، و القول بعدم اشتراط اللزوم غير بعيد الا أن يكون هناك إجماع.

هل تسمع دعوى المنكر فسق الحاكم أو الشهود؟

قال: «و لو ادعى المنكر فسق الحاكم أو الشهود و لا بينه فادعى علم الشهود له ففى توجه اليمين على نفى العلم تردد، أشبهه عدم التوجه، لانه ليس حقا لازما و لا يثبت بالنكول و لا باليمين المردوده، و لانه يثير فسادا» .

أقول: لو لم يكن مورد الدعوى مالا كقوله لى عليك كذا من المال و لا سببا كالبيع كقوله: هذا المال الذى بيدك قد بعتنى إيّاه، بل ادعى أمرا له فيه نفع من حيث إثبات حق له أو إسقاط حق عليه، كأن يدعى المنكر فسق الحاكم الذى حكم عليه أو فسق الشهود الذين استند إليهم المدعى و حكم الحاكم طبق شهادتهم، أما لو ادعى فسق الشاهدين فله طرح دعواه عند نفس الحاكم، كما أن له طرحها عند حاكم آخر، فان كان له بينه أقامها و بذلك يزول الحكم الذى أصدره الحاكم حسب شهادتهما، و كذا لو تمكن من إثبات كذب الشاهدين أى كذبهما فى قولهما بأن هذا المال لزيد المدعى. لكن لا يسقط حق المدعى بثبوت فسقهما أو كذبهما فى هذه الشهاده.

و ان لم يكن عنده بينه فهل يؤثر علم المدعى بفسقها فى زوال الحكم كذلك؟ ان أقر بذلك فلا إشكال فى أنه يؤخذ بإقراره، و لا يجوز له الاستناد الى الحكم فى أخذ ما يدعيه على المنكر، و ان لم يقر فالحكم باق على حاله و له أثره من ثبوت الحق و فصل الخصومه، نعم مع علم المدعى بفسق الشاهدين لا يجوز له ترتيب الأثر مع

ص:

على الميت يحلف مع البينه، و كذا مع الشاهد الواحد فى الدعوى الماليه.

لكن عن القواعد مع ذكر الحكم المذكور: «و لو التمس المنكر بعد إقامه البينه عليه إحلاف المدعى على الاستحقاق أجيب اليه. و لو التمس المنكر يمين المدعى مع الشهاده لم يلزم اجابته» .

و توجيه الفرع الأول هو ما لو ادعى المدين البراءه أو الإبراء، فكأن البينه أثبتت أصل الدين و اليمين تثبت اشتغال ذمه المدين الان، ففى الحقيقه يدعى المدين الإبراء أو الأداء و الدائن ينكر ذلك فيحلف. و كذلك لو شهد الشاهدان بأن زيدا قد اشترى هذا المال فيكون ملكه، ثم يدعى عمرو البائع الفسخ فيحلف زيد المدعى على العدم.

و توجيه الفرع الثانى هو فى العين الموجوده، فإذا شهدت البينه بكونها لزيد لم تسمع مطالبه عمرو منه اليمين، نعم لا مانع من الحلف بل يستحب فى رضاه بها لقوله عليه السّلام لشريح: «ورد اليمين على المدعى مع بينته، فان ذاك أجلى للعمى و أثبت فى القضاء» (۱).

و قال الشيخ فى المبسوط: «و كيف يحلف؟ قال قوم: يحلف ما اقتضاه و لا شيئا منه، و لا اقتضى له و لا شىء منه، و لا أجال به و لا بشىء منه، و لا أبرأه و لا عن شىء منه، و أن حقه لثابت، و لا اقتضى له مقتض بغير أمره فأوصل إليه. قال: فان ادعى أنه قد أبرأه منه أو قد أجال به لم يحلف المدعى عليه على أكثر من الذى ادعاه عليه و ان كانت الدعوى مبهمه فقال: ماله قبلى حق أو قد برئت ذمتى من حقه احتاج الى هذه الألفاظ كلها حتى يأتى بجميع جهات البراءه.

و من الناس من قال: أى شىء ادعى، فان المدعى عليه يحلف ما برئت ذمتك من دينى، فإذا قال هذا أجزأه، لأنها لفظه تأتى على كل الجهات، فإن الذمه إذا كانت مشغوله بالدين أجزأه أن يقول: ما برأت ذمتك من حقى.

۱- ۱) وسائل الشيعه ۱۸-۱۵۵ الباب الأول من أبواب آداب القاضى

و هذا القدر عندنا جائز كاف. و الأول أحوط و آكد. فاما قوله: و ان حقى لثابت فلا خلاف انه ليس بشرط» .

هل يلزم بالجواب عن دعوى الإقرار؟

قال المحقق: «و فى الإلزام بالجواب عن دعوى الإقرار تردد منشؤه ان الإقرار لا يثبت حقا فى نفس الأمر، بل إذا ثبت قضى به ظاهرا» .

أقول: لو ادعى زيد على عمرو الإقرار له بشىء كأن يقول له: قد أقررت بكون هذه الدار لى، أو يقول: لقد أقررت بأنى غير مدين لك، فهل يلزم الحاكم عمرا بالجواب عن هذه الدعوى؟ وجهان بل قولان، تردد المحقق قدس سره بينهما، وجه عدم الإلزام هو: أن الإقرار لا يثبت حقا واقعيا للمقر له، لأن الإقرار–و ان الزم الشارع المقر بما أقر على نفسه–ليس طريقا لإثبات الحق بحيث يرفع شك المقر له فى تملك المقر فيه، فلو أقر له بكون الثوب له و كان المقر له جاهلا أو شاكا فى ذلك لم يرتفع معه الجهل أو الشك، لأن أثر هذا الإقرار هو الحكم الظاهرى فقط بجواز تصرفه فى الثوب. فإذا لم تكن الدعوى مثبته لحق لازم و لم يكن الإقرار موجبا لحق واقعى فإنه–مع عدم البينه للمدعى على الإقرار–لا تسمع الدعوى، و لا يحلف المدعى عليه على إنكاره، و لا يكون نكوله عن اليمين مثبتا للدعوى.

و وجه الإلزام هو: أن المراد من الحق اللازم كون الدعوى ذات نفع للمدعى و المفروض جواز تصرفه فى المدعى به ظاهرا مع ثبوت الإقرار بأحد المثبتات، و لا يلزم أن يكون مورد الدعوى ما لا أو سببا لانتقال مال، بل ان ترتب الأثر المذكور –و هو الحكم بجواز التصرف ظاهرا–على الإقرار كاف لصحه الدعوى عند الحاكم كى يلزمه بالجواب.

و ظاهر المحقق فى المقام هو التوقف، بخلاف الفرع السابق حيث قال «أشبهه عدم التوجه» و استقرب الشهيد الثانى فى المسالك تبع لجماعه الوجه الثانى و اختار المحقق العراقى الأول فقال: ان الوجهين «مبنيان على أن الاحكام الظاهريه هل

فعلیتها فرع وصولها الی المکلف بحیث لولاه لا تکون فعلیه بعثیه بخلاف الأحکام الواقعیه من الوضعیات و التکلیفیّات، إذ فعلیتها الواقعیه لیست تابعه لوصولها غایه الأمر لا تنجز لها.

و حیث قد حققنا فی محله عدم تبعیه فعلیتها للوصول فلا بأس بسماع مثلها.» و فی الجواهر وجّه الوجه الثانی بقوله: «لان المدار علی ثبوت الحق ظاهرا، فنکوله عن ذلک یثبت علیه الحق أو مع یمین المدعی الذی یجوز له الحلف علیه و الأخذ به، و ان لم یعلم استحقاقه من غیر جهه إقراره الذی له الأخذ به ما لم یعلم کذبه، لجواز استناده الی سبب لا یعلم به، و لأنه إذا سمعت دعواه بالبینه توجه له الیمین علی عدمها، لعموم قوله صلّی اللّه علیه و آله: البینه علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه» .

ثم قال: «نعم قد یقال بعدم إلزامه بالیمین علی نفی ذلک بخصوصه إذا بذل الیمین علی براءه ذمته الذی یأتی علی ذلک کله، نحو ما تسمعه فی عدم إلزامه بجواب دعوی أنه أقرضه أو باعه بثمن فی ذمته أو نحو ذلک، معللین له بإمکان أدائه له و العجز عن إثباته، فیکفی جوابه ببراءه ذمته مما یدعیه علیه، فإنه یأتی علی ذلک کله، و مثله آت هنا.

اللهم الا أن یفرق بأن الدعوی فی الأول الشغل بسبب فی الواقع، فیکفی فی جوابه نفی الواقع بخلاف الثانی، فإن الدعوی فیه بصدور سبب من المدعی علیه یؤخذ به و ان لم یعلم الواقع.

و فیه: ان الإقرار کما یؤخذ بظاهره و ان لم یعلم صحته و قد ادعاه علی خصمه، کذلک البیع علیه مثلا، له الأخذ بظاهره أیضا ما لم یعلم فساده و قد ادعاه علی خصمه، فکما لا یلزم هناک الجواب بنفی البیع و یکفیه الجواب ببراءه الذمه کذلک هنا، فتأمل» (۱).

أقول: و الأقرب هو الوجه الأول، إذ ليس كل دعوى يلزم الحاكم بسماعها و النظر فيها، بل الدعاوى المتعلقه بأموال الناس و نفوسهم و أعراضهم، فيلزم ان يكون مورد الدعوى شيئا يزعم المدعى تعلقه به. و بعباره أخرى: لا بد أن تكون نتيجه الدعوى و المرافعه إثبات حق يدعيه المدعى و جلب نفع الى نفسه أو دفع ضرر عن نفسه، و كل دعوى تكون كذلك يجب على الحاكم سماعها، و أما فى المورد الذى يتحقق النفع و يثبت للمدعى بنفس الحكم الصادر من الحاكم-و اما قبله فلا يوجد شىء-فيلزم الدور، لان نظر الحاكم فى ذلك المورد ثم حكمه يتوقف على تحقق الحق من قبل، و تحقق الحق يتوقف على الحكم نفسه.

هل تفتقر صحه الدعوى الى الكشف؟

قال المحقق: «و لا تفتقر صحه الدعوى الى الكشف فى النكاح و لا فى غيره» .

أقول: انّ صحه الدعوى التى اشترطناها لا تحتاج الى الكشف و التحقيق عن الأسباب، سواء كانت الدعوى فى الاملاك من الأعيان و الديون، أو فى العقود من النكاح و غيره. و قد نبه بذكر النكاح على خلاف بعض العامه فيه. و دليلنا على عدم الحاجه هو الإجماع.

قال: «و ربما افتقرت الى ذلك فى دعوى القتل، لأن فائته لا يستدرك» .

أقول: لأن للقتل أقساما و أسبابا مختلفه من العمد و الخطاء و شبه العمد، و من أن القتل مستند إليه بالمباشره أو بالتسبيب، و أنه هل وقع منه منفردا أو شاركه فيه غيره. فلكل واحد من هذه الاقسام و الحالات حكم، فلو أجمل فى الدعوى لم يترتب حكم واحد منها، فلا بد من الكشف و ذكر التفصيل و الا لم تصح دعوى القتل و لا تسمع.

و فى الجواهر كما عن جماعه الإشكال فى ذلك، و قد يستفاد من تعبير المحقق ب «ربما» و ذلك لانه قد يترتب على الإجمال أثر كلى، بل قيل: انه يمكن بحكم الأصل تشخيص انه خطأ، بل ربما ظهر من المحقق الأردبيلى سماع دعوى الكلى

و ان لم يترتب عليه حكم و لكنه مقدمه لإثبات الخصوصيه فيما بعد.

قلت: ان تعيين كونه خطأ بالأصل مشكل جدا، فلو أردنا إجراء هذا الأصل لجرى فى الجميع، لكن لو كان لبعض الخصوصيات أثر و قلنا بكفايه احتمال ترتب الأثر لوجوب السماع فإنه يجب سماع الدعوى، هذا بعد ثبوت أصل الواقعه، و بالجمله: الأصح هو سماع الدعوى حيث يثبت أصل القضيه ثم تثبت خصوصياتها بالموازين الشرعيه من البينه و اليمين، فيكون الحكم بعد المرحلتين وفاقا للأردبيلى، و ذلك لمقتضى الاحتياط الشديد الموجود فى الدماء.

و على الجمله: لا فرق بين القتل و غيره فى ذلك، فإنه مع فرض عدم ترتب حكم على الكلى فى غيره لم تسمع الدعوى به أيضا و الاّ سمعت-ان لم يثبت الإجماع على خلافه-لشمول أدله وجوب القضاء له، و لما جاء فى بعض الاخبار من حكم الامام عليه السّلام فى مقامات مع عدم ذكر المدعى السبب.

فهذه هى القاعده الكليه و على ضوئها يظهر الأمر فى الموارد و الأمثله المختلفه، فإن كان للكلى أثر ادعاه و ان كان للخصوصيه أثر ادعاها، و فى المتباينين تسمع الدعوى ان كان العلم الإجمالى منجزا، و مع دوران الأمر بين الأقل و الأكثر كان الأقل هو المتيقن.

قال المحقق: «و لو اقتصرت على قولها: هذا زوجى كفى فى دعوى النكاح و لا يفتقر ذلك الى دعوى شىء من حقوق الزوجيه، لأن ذلك يتضمن دعوى لوازم الزوجيه. و لو أنكر النكاح لزمه اليمين، و لو نكل قضى عليه على القول بالنكول، و على القول الأخر ترد اليمين عليها، فإذا حلفت ثبتت الزوجيه، و كذا السياق لو كان هو المدعى» .

أقول: ان الأثر الذى ذكرناه لا يلزم التصريح به لدى الدعوى، بل يكفى دعوى ملازمه، فلو اقتصرت المرأه على قولها: هذا زوجى كفى فى دعوى النكاح و ترتب آثاره من حقوق الزوجيه و لوازمها كالمهر و النفقه و غيرهما.

و يترتب على سماع هذه الدعوى أيضا انه لو أنكر الزوج النكاح لزمته

الیمین، و لو نکل عنها قضی علیه علی القول بالقضاء بمجرد النکول، و برد الیمین علی المرأه، علی القول الأخر فإن امتنعت سقطت دعواها، و ان حلفت ثبتت الزوجیه. و عن التحریر «و فی تمکین الزوج منها اشکال من إقراره علی نفسه بتحریمها، و من حکم الحاکم بالزوجیه» .

و کذا الکلام لو کان الرجل هو المدعی للزوجیه. إذ یترتب علی ذلک الآثار الشرعیه و حقوق الزوجیه، و الاشکال المذکور موجود، من إنکار المرأه للزوجیه فلا یجوز لها تمکینه من نفسها و من حکم الحاکم بالزوجیه.

أقول: أما بالنسبه إلی الحاکم نفسه فهل ینهی الزوج المقر بحرمتها علی نفسه عن وطئ المرأه-مع إلزامه بدفع النفقه مثلا-أخذا بإقراره، أو لا ینهاه عن ذلک ترتیبا لجمیع آثار الزوجیه التی قد حکم بها؟ وجهان. اللهم الا ان نلغی اعتبار الإقرار فی هذه الحاله فیقدم الثانی، لکن لا یفتی بذلک احد. نعم لا یبعد الإلغاء فیما إذا کان الإقرار عن نسیان مثلا ثم تذکر و رجع عنه بعد قیام البینه.

فالصحیح ان الإقرار بالنسبه الی ما کان علی الزوج مقدم علی الحکم، إذ لا یقول أحد بإلغاء الإقرار فی هذه الحاله.

و اما وظیفه الزوج المنکر للزوجیه، فإن کان عالما بعدم الزوجیه فان مقتضی قول النبی صلّی اللّه علیه و آله: «فأیما امرء قطعت له.» (1)هو عدم جواز ترتیب آثار الحکم مثل الوطء، و أما دفع النفقه فلیس محرما علیه بل یجب علیه امتثالا و تنفیذا للحکم، بل یحرم علی المرأه أخذها، و هل یجوز لها الأخذ فی مقابل بقائها فی دار الرجل؟ فیه اشکال، و أما إذا کان إنکاره لها من جهه الشک مثلا فان جمیع الآثار مترتبه بالحکم.

و أما إذا کان المدعی للزوجیه هو الرجل و المرأه تنکر، فان کانت تعلم بعدم الزوجیه کان علیها الامتناع عن التمکین، و لا یجوز لها المطالبه بالنفقه، و ان کانت

1- 1) وسائل الشیعه 18-169

تنكر كاذبه أو شاكه وجب عليها ترتيب الأثر على الحكم.

و أما المهر فان الرجل ان ألزمها بالتمكين و وطئها عملا بحكم الحاكم فقد وجب عليه دفع مهر المثل لانه عوض البضع.

هل تسمع دعواه ان هذه بنت أمته أو ثمره نخله؟

قال المحقق: «و لو ادعى ان هذه بنت أمته لم تسمع دعواه، لاحتمال أن تلد فى ملك غيره ثم تصير له، و كذا لو قال: ولدتها فى ملكى، لاحتمال ان تكون حره أو ملكا لغيره» .

أقول: و من فروع اشتراط كون مورد الدعوى حقا لازما يدعيه المدعى بصراحه و وضوح انه إذا قال: هذه بنت أمتى فهل تسمع هذه الدعوى أولا؟ و هذه الدعوى تتصور بوجهين: ان تكون هى بيد زيد و هو يريد أخذها منه بهذه الدعوى، و ان تكون بيده فيدعيها زيد فيقول هذه بنت أمتى بمعنى أنّه إذا لم يدع ذلك تثبت دعوى زيد.

و كيف كان فان هذه الدعوى أعم من ان يكون موردها حقا لازما، و حيث أنها ليست صريحه فى ذلك فلا تسمع.

و كذا لو ضم الى تلك الدعوى قوله: ولدتها فى ملكى، أو ادعى هذه الجهه دعوى مستقله كأن يقول: هذه ولدتها أمتى فى ملكى.

قال المحقق قدس سره: «و كذا لا تسمع البينه بذلك ما لم يصرح بأن البنت ملكه، و كذا البينه» .

أقول: و كما لا تسمع الدعوى الصريحه كذلك لا تسمع البينه غير الصريحه، فإن قالت بأن هذه مملوكه فلان سمعت، و لو قالت: ولدتها أمها حالكونها فى ملكه فلا تسمع، لانه يمكن أن تكون الام مملوكه و لا تكون بنتها مملوكه له كأن يكون قد حررها مثلا.

قوله: «و كذا البينه» ليس تكرارا، بل المراد أنه ما لم يصرح المدعى فى

الـدعوى فلاـ تسئل البينه التى يقيمها، ثم البينه لا تسـمع شـهادتها ما لم تشـهد بصـراحه، و حيث شـهدت بالملك فلا تسـئل عن السبب، فيحتمل أن يكون قوله: «و كذا البينه» معطوفا على «لا يفتقر» المتقدم عليه.

قال: «و مثله: لو قال: هذه ثمره نخلى» أى: فلا تسمع هذه الدعوى لكونها أعم، الا أن يقول هذه ثمره نخلى و هى ملك لى.

قال: «و كذا لو أقر له من الثمره فى يده أو بنت المملوكه لم يحكم عليه بالإقرار لو فسّره بما ينافى الملك» .

أقول: و لو قـال هـذه الثمره من نخـل من هى بيـده فهل له ان يـدعى بعـد ذلك كونها ملكا له؟ نعم، لان قوله السابق ليس إقرارا بعدم ملكيته و ملكيه صاحب اليد حتى يكون قوله المتأخر إنكارا بعد إقرار، فتسـمع هذه الدعوى منه و يطالب بالبينه، بخلاف ما لو أقر بالملكيه فليس له أن يقول بعد ذلك: لكن هى ملكى.

و هذا معنى عباره المحقق.

و فى المسالك: ظاهر عباره المحقق و العلامه انه إذا لم يفسر بالخلاف فهو إقرار.

و أشـكل عليه فى الجواهر بعـدم ظهور عبارتيهمـا فى مـا ذكره، فليس «لو فسّـر» قيـدا حتى يكون إقرارا. قلت: و ما ذكره صاحب الجواهر هو الظاهر.

ثم ان صاحب المسالك بعـد ما اسـتظهر من العباره ما ذكر أشـكل على المحقق الفرق بين الإقرار و الـدعوى فقال: «و الفرق بين الـدعوى و الإقرار لا يخلو من اشـكال، لأن الاحتمال قائم على تقدير الإقرار و الدعوى، و العمل بالظاهر فى الإقرار دون الدعوى لا دليل عليه، و الفرق باشتراط التصريح فيها دونه رجوع الى نفس الدعوى، و فى الإرشاد أطلق عدم سماع الدعوى و الإقرار معا، و لم يعتبر التقييد فى الإقرار بتفسيره بما ينافى الملك و هذا هو الظاهر» .

أقول: ان اشكاله وارد بناء على ما فهمه من العباره، لأن الصراحه شرط فى

كلا الأمرين، الا ان يقال بأن ظهور الدعوى غير كاف و ظهور الإقرار كاف، لكنه مشكل.

هذا و فى الجواهر بشرح: «و كذا لا تسمع البينه.» ما لفظه: «لكن عن لقطه المبسوط و التذكره سماع الدعوى و البينه فى الثانى، بل عن الأخير الإجماع عليه، و لعله لأصاله تبعيه النماء للمال حتى يعلم خلافه، و هو كذلك حيث لا يكون لاخر يد تقضى بالملكيه لها و الا انقطع بها الأصل المزبور، كما انقطع بها ما هو أقوى من ذلك، و كلام الأصحاب هنا فى الدعوى على آخر» .

قلت: ان محل البحث هو ان تكون بنت أمه زيد بيد عمرو فيراجعه استنادا الى كون الام عنده، فالارتكاز يتبع ما إذا لم يقم فى مقابله دليل كاليد، و الأردبيلى أمر بالتأمل فى المقام بعد ان ذكر عدم السماع، و لعل وجهه: إمكان القول بالسماع، لان من ملك النخله فقد ملك تمرها عند العرف الا ان يقوم دليل، و لذا تسمع هذه الدعوى فى الملك القديم السابق على اليد فيلزم صاحب اليد بإقامه البينه على انتقاله اليه بالبيع مثلا.

لكن هذه المطالب ليست تعبديه بمعنى قيام إجماع أو دلاله نص عليه، بل الذى يريدون إثباته كون الدعوى صريحه، فان كانت الملازمه العرفيه و التبعيه بين الثمره و النخله أو بين الأمه و البنت تامه فهو و الا لزم البيان و الكشف عن سبب الملك. و الظاهر تماميه هذه الملازمه ما لم يكن الفرع بيد غيره، لان اليد دلالتها على الملكيه أقوى من الملازمه المذكوره.

قال المحقق: «و لا كذلک لو قال: هذا الغزل من قطن فلان أو هذا الدقيق من حنطته» .

أقول: يعنى ان مثل هذه الدعوى ظاهر فى الملكيه و لا حاجه الى التصريح، للفرق بين الثمره و النخل و بين الغزل و القطن، فهناك المغايره حقيقيه و هنا هى فى الصوره فقط، فالدعوى تسمع و عليه إثباتها كسائر الدعاوى.

ص:۹۴

الكلام فی:التوصل إلی الحق

اشاره

ص:۹۵

۱-ان کان الحق عقوبه:

الحق اما عقوبه و اما مال، فان کان الحق عقوبه کالقصاص فالأقوی وفاقا للمسالک و غیرها-بل عن الکفایه: لا أعرف فیه خلافا- وجوب رفع الدعوی الی الحاکم، فان ثبت دعواه و أصدر الحاکم الحکم جاز له أن یباشر القصاص علی قول، و قیل: بل الأمر بید الحاکم فله أن یباشر بنفسه القصاص أو یأذن فیه لصاحب الحق أو یأمر به شخصا آخر.

و أما إذا لم یتوفر الحاکم أو تعذر الوصول الیه فیجوز له أن یستوفی حقه، و هذه الصوره هی القدر المتیقن من إطلاق قوله تعالی «وَ مَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنا لِوَلِیِّهِ سُلْطاناً» (۱).

فیکون الحاصل عدم جواز مباشره القصاص مع التمکن من الرفع الی الحاکم خلافا لصاحب الجواهر قدس سره حیث استند الی الآیه المزبوره قائلا بالجواز مطلقا.

نعم لا ریب فی عدم مؤاخذه الحاکم لصاحب الحق و ان باشر الأمر من دون إذنه، إذ لا إشکال فی ثبوت هذا الحق له، لکن لما کان أمر الدماء خطیرا و لا بد فیه من الاحتیاط الشدید نقول تبعا للأصحاب بلزوم رفع القضیه إلی الحاکم و اجراء الحکم باذنه حتی لا یلزم الفساد فی المجتمع الإسلامی و الهرج و المرج فی البلاد و یتأکد

۱- ۱) سوره الإسراء:۳۳.

ما ذكرناه فيما إذا علم بترتب المفسده العظيمه كوقوع المقاتله بين طائفتين و اراقه الدماء المحترمه.

و من جواز مباشره الحاكم يظهر أنه لا يجب عليه أن يأذن لصاحب الحق بذلك ان راجعه فى القضيه، و ان كان ذلك حقا ثابتا له خلافا لصاحب الجواهر حيث قال بأن إطلاق السلطان للولى يقتضى مباشرته لا خصوص الحاكم.

و من ذلك كله يظهر أن الحكم بوجوب الرجوع الى الحاكم و الاستيذان منه فى إجراء القصاص حكمه يقصد منها دفع الفساد و اختلال النظام فى المجتمع الإسلامى، و عليه فلو أمكن لولى المقتول أن يقتل القاتل بحيث لا يترتب على فعله مفسده جاز كما هو الحال بالنسبه إلى الحقوق الماليه كما سيأتى.

۲-ان كان الحق مالا:

اشاره

و ان كان الحق مالا فتاره يكون عينا و أخرى يكون دينا، فان كان عينا فقد قال المحقق قده: «من كانت دعواه عينا فى يد انسان فله انتزاعها و لو قهرا ما لم تثر فتنه، و لا يفتقر إلى اذن الحاكم» .

أقول: فالمحقق يقول بجواز انتزاع العين و لو قهرا لكن قيّده بما لم تثر فتنه، و فى الجواهر فسّر قوله: «و لو قهرا» : «بمساعده ظالم أو بنفسه» و ان استلزم ضررا بتمزيق ثوب أو كسر قفل أو نحو ذلك» لكن ينبغى تقييد مساعده الظالم بصوره انحصار طريق استنقاذ العين بذلك، بأن لا يمكنه الاستنقاذ بنفسه أو بمساعده من ليس بظالم، بل يجوز ذلك فى صوره الاختيار أيضا بل يمكن القول بجواز إتيان الأمر المباح بمساعده ظالم، و أما إعانته فقد قلنا فى محله باختصاص حرمه إعانه الظالم بأن تكون الإعانه فى ظلمه.

و لا يخفى ان المراد من «الظالم» فى هذا المقام هو غير «الطاغوت» الذى نهى الرجوع و التحاكم إليه فى الكتاب و الاخبار، و قد تقدم البحث عن حكم الرجوع إليه فى إحقاق الحق.

ثم قال فی الجواهر: «و ان استلزم ضررا بتمزیق ثوب أو کسر قفل أو نحو ذلک» .

و عن الإرشاد جواز الانتزاع «و لو قهرا مع انتفاء الضرر» و عن مجمع الفائده: «ما لم یحصل معه أمر غیر مشروع» .

قلت: لا ـ ریب فی عدم جواز التصرف فی مال أحد إلا بإذنه، فلا یجوز الدخول فی دار إلا بإذن صاحبها، فان کانت العین فی الدار فدفعها الیه صاحب الدار من دون حاجه الی الدخول فهو، و لو توقف أخذها علی الدخول وجب الاستیذان منه فان امتنع فمن الحاکم لأنه ولی الممتنع، و حیث یمکنه ذلک مع الاذن فلا دلیل علی الجواز بلا اذن.

و لا إطلاق لدلیل سلطنه الناس علی أموالهم لیشمل مفروض الکلام و نحوه فان لم یتمکن من تحصیل الاذن من الحاکم رفعت قاعده نفی الضرر حرمه الدخول بلا اذن.

و أما إذا استلزم انتزاع العین ضررا علی من هی بیده ففیه قولان، و لکن الحق هو الجواز مع التوقف، فیجوز له انتزاعها حتی مع کسر القفل و الصندوق و نحو ذلک، بل قیل ان له أن یطالب بحقه و یحاول انتزاعه ممن وضع یده علیه و هو یعلم بکونه لمن یدعیه مهما بلغ الأمر، إذ لا فرق بین هذه المسأله و مسأله دفع اللص عن المال حیث یجوز للإنسان أن یدافع عن ماله و یحفظه من اللص حتی لو انتهی الی قتل اللص، و لو قتل هو کان شهیدا کما فی الروایات (۱)، لکن فی الجواهر:

«ما لم تصل الی حد وجوب الکف عن الحق له لترتب تلف الأنفس و الأموال

و غیره من الفساد الذی یمکن دعوی العلم من مذاق الشرع بعدم جواز فعل ما یترتب علیه ذلک و ان کان مباحا فی نفسه أو مستحبا بل أو واجبا.» .

و کیف کان فالقدر المتیقن من الجواز صوره عدم لزوم الخسارات الکثیره مثل تمزیق الثوب و کسر الباب أو القفل أو الصندوق و نحو ذلک، لان قاعده نفی الضرر جعلت للامتنان و لا مورد لها فی هذا المقام.

هذا کله فی صوره علم من بیده العین بکونها للشخص الذی یدعیها، و أما إذا کان جاهلا فان طالبه و اقتنع بقوله و دفع المال فهو، و ان لم یصدقه جاز له أن ینتزعه منه قهرا فان عجز فلا مناص من الرفع الی الحاکم، و لو استلزم الانتزاع ضررا فقد یقال بالجواز لقوله صلّی اللّه علیه و آله: «لی الواجد بالدین یحل عقوبته و عرضه» (۱)و فیه تأمل، لأنه ظاهر فی العالم دون الجاهل (۱).

و لو کان من بیده العین معذورا عن دفعها الی صاحبها لحبس أو مرض فهل یجوز له ان یدخل الدار مثلا لیأخذ ماله؟ لا بد هنا من اذن الحاکم، لان المفروض عدم إنکاره للحق و کونه قاصرا عن إعطائه، فیلزم أن یستأذن الحاکم و یدخل الدار مع اذنه، و لو استلزم ضررا یسیرا جاز کذلک.

و حیث یراجع الحاکم و یقیم البیّنه علی دعواه و یثبت حقه فهل له المبادره إلی أخذ الحق قبل صدور حکم الحاکم؟ قیل نعم بناء علی حجیه البینه للمدّعی.

هذا کله فی العین-و قد ذکر المحقق حکم ما إذا کان الحق دینا بقوله:

صور کون الحق دینا:

اشاره

«نعم لو کان الحق دینا و کان الغریم مقرا باذلا لم یستقل المدعی بانتزاعه من دون الحاکم، لان للغریم تخییرا فی جهات القضاء، فلا یتعین الحق فی شیء من

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۳-۹۰.

دون تعيينه أو تعيين الحاكم مع امتناعه» .

أقول: و لو كان الحق الذى يدّعيه الشخص دينا فلا يخلو الغريم عن حالات:

الاولى-أن يكون مقرا بالحق و بإذلاله:

و الحكم فى هذه الحاله عدم استقلال صاحب الحق بانتزاع حقه لان للغريم تخييرا فى جهات القضاء، فلا يتعين الحق الكلى الثابت فى ذمته من دون تعيينه قال فى الجواهر:

بلا خلاف بل و لا اشكال.

هذا و قد أشكل على موضعين من عباره المحقق هذه، أحدهما قوله: «من دون الحاكم» من جهه أن اذن الحاكم لا دخل له فى هذا الفرض مع أن المستفاد من العباره جواز أخذه بإذن الحاكم، و الثانى قوله: «أو تعيين الحاكم مع امتناعه» من جهه أن المفروض كونه مقرا باذلا فما ذكره لا وجه له لانه خلاف الفرض. و قد أرجع صاحب الجواهر الضمير فى «امتناعه» الى التعيين فقال: «أى امتناع تعيينه لحبس أو مرض أو نحوهما لان له الولايه العامه فى ذلك» قيل: و لا بد أن يجعل المراد من الباذل حينئذ هو الباذل الشأنى و الا فلا يستقيم ما ذكره. قلت: و لكنه خلاف الظاهر و الاولى ما فى القواعد: «ان كان باذلا فليس للمدعى الاستيفاء بدون اذنه و ان كان ممتنعا فليس له بدون اذن الحاكم» .

الثانيه-أن يكون مقرا ممتنعا من البذل:

و الحكم فى هذه الحاله كسابقتها، فلا يجوز التقاص إلا بإذن الحاكم لأنه ولى الممتنع، سواء كان معذورا أو بلا عذر، لأن الحق الثابت فى ذمته كلى و تعيّنه لا يكون بدون اذن المدين أو وليه فى حال امتناعه-و ان لم يستلزم التقاص ضررا أو فتنه، بل لا يجوز التقاص خفيه كذلك، هذا بحسب مقتضى القواعد.

لكن مقتضى إطلاق بعض الأدله الاتيه فى الصوره الثالثه هو الجواز.

ص:١٠١

الثالثه-أن يكون المدين جاحدا للحق:

و فی هذه الحاله خلاف بین الأصحاب، قال المحقق قده: «و لو کان المدین جاحدا و للغریم بینه تثبت عند الحاکم و الوصول الیه ممکن، ففی جواز الأخذ تردد أشبهه الجواز، و هو الذی ذکره الشیخ فی الخلاف و المبسوط، و علیه دلّ عموم الاذن فی الاقتصاص» .

فذهب المحقق قدس سره هنا-و الأکثر کما فی المسالک و غیره-الی الجواز و الثانی لا، و هو خیره المحقق فی النافع. و قد أشار هنا الی دلیل الجواز بقوله:

«و علیه دل عموم الاذن فی الاقتصاص» من الایات و الروایات، فمن الکتاب قوله تعالی «فَمَنِ اِعْتَدی عَلَیْکُمْ فَاعْتَدُوا عَلَیْهِ بِمِثْلِ مَا اِعْتَدی عَلَیْکُمْ» (۱)و قوله تعالی:

«وَ اَلْحُرُماتُ قِصاصٌ» (۲)و قوله تعالی «فَعاقِبُوا بِمِثْلِ ما عُوقِبْتُمْ بِهِ» (۳).

الا أن فی انعقاد إطلاق هذه الایات بحیث یمکن الاستناد إلیه فی قبال القواعد تأملا.

و من السنه أخبار:

۱) ما عن ابن رزین قال: «قلت لأبی الحسن موسی علیه السّلام: انی أخالط السلطان فتکون عندی الجاریه فیأخذونها و الدابه الفارهه فیأخذونها، ثم یقع لهم عندی المال فلی أن آخذه؟ قال: خذ مثل ذلک و لا تزد علیه» (۴).

و هو ظاهر فی کون کلام الامام علیه السّلام جوابا عن السؤال عن الحکم فی المسأله لا إذنا له فی الأخذ، فیکون الحاصل جواز الاقتصاص من أموالهم الشخصیه، و یبقی الکلام فی أنه هل تتحقق حینئذ مبادله قهریه بین المالین أو یکون المال المأخوذ

۱- ۱) سوره البقره:۱۹۴

۲- ۲) سوره البقره:۱۹۴

۳- ۳) سوره النحل:۱۲۶

۴- ۴) وسائل الشیعه ۱۲-۲۰۱ الباب ۸۳ من أبواب ما یکتسب به و السند صحیح

مباحا له التصرف فیه و ما أخذه عامل السلطان مغصوبا أو یکون بدل الحیلوله؟ .

و أما الأخذ من بیت المال فی مقابل تصرفات عمال السلطان فلا یجوز حتی و لو کانت تصرفاتهم بعنوان السلطنه و الحکومه، فیکون نظیر ما إذا غصب المتولی لموقوفه مالا و صرفه فی شئونها فإنه یضمن فی ماله الشخصی و لا یؤخذ من أموال الموقوفه.

۲) ما عن أبی العباس البقباق: «ان شهابا ما رآه فی رجل ذهب له بألف درهم و استودعه بعد ذلک ألف درهم قال أبو العباس فقلت له خذها مکان الألف التی أخذ منک فأبی شهاب. قال: فدخل شهاب علی أبی عبد اللّه علیه السّلام فذکر له ذلک. فقال:

أما أنا فأحب أن تأخذ و تحلف» (۱).

۳) ما عن أبی بکر قال: «قلت له: رجل لی علیه دراهم فجحدنی و حلف علیها، أ یجوز لی ان وقع له قبلی دراهم ان آخذ منه بقدر حقی؟ قال: فقال نعم و لکن لهذا کلام. قلت و ما هو؟ قال تقول: اللهم انی لا آخذه ظلما و لا خیانه، و انما أخذته مکان مالی الذی أخذ منی لم ازدد علیه شیئا» (۲).

قال الشیخ الحر: «هذا محمول علی من حلف من غیر أن یستحلف» و فی الجواهر: «أو عند غیر الحاکم أو نحو ذلک، حتی لا ینافی غیره من النصوص، و لا ریب فی استحباب القول المزبور و ان أطنب بعض الناس (۳)بدعوی الوجوب الذی یمکن تحصیل الإجماع علی خلافها» .

۴) ما عن جمیل بن دراج قال: «سألت أبا عبد اللّه علیه السّلام عن الرجل یکون له علی الرجل الدین فیجحده فیظفر من ماله بقدر الذی جحده أ یأخذه و ان لم یعلم

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۲-۲۰۲. الباب ۸۳ من أبواب ما یکتسب به و السند صحیح

۲- ۲) وسائل الشیعه ۱۲-۲۰۳ عن الشیخ قده-و قد قال الشیخ بعده: الحسن ابن محبوب عن سیف بن عمیره عن أبی بکر الحضرمی عن أبی عبد اللّه علیه السلام نحوه التهذیب ۶-۳۴۸.

۳- ۳) نسبه فی المستند الی الصدوق فی الفقیه و الشیخ فی التهذیب.

الجاحد بذلک؟ قال: نعم» (۱).

۵) ما عن إسحاق بن إبراهیم: «ان موسی بن عبد الملک کتب «الی أبی جعفر علیه السّلام یسأله عن الرجل دفع الیه رجل مالا لیصرفه فی بعض وجوه البر فلم یمکنه صرف المال فی الوجه الذی أمره به و قد کان له علیه مال بقدر هذا المال فسأله هل یجوز لی أن أقبض مالی أو أرده علیه؟ فکتب اقبض مالک مما فی یدک» (۲).

لکن هذه الروایه مجمله، لأنه لما لم یمکنه صرف المال فی الوجه الذی أمره به فما هو وجه الأخذ من المال الذی کان له علیه؟ لأنه ان کان المال موجودا فتحصل بین المالین المعاوضه القهریه بلا موجب، و ان لم یکن موجودا فلا ضمان مع عدم التفریط، و لعل الروایه کانت تشتمل علی قرائن و خصوصیات لم تصل إلینا، و الا فلم نجد فی الاخبار علی مورد أذن فیه الامام علیه السّلام بالتصرف فی مال الغیر بلا دلیل شرعی یقتضی جوازه.

فقد دلت هذه الاخبار بإطلاقها علی جواز الأخذ من مال المقر الممتنع و المدین الجاحد، سواء تمکن من الاستیذان من الحاکم أولا، و سواء کان ماله الذی بید الغاصب عینا موجوده أو غیر موجوده.

و لو رفع الأمر-مع ذلک-الی الحاکم، فان کان عالما بصدقه اذن له و الا لم یجز له الاذن حتی مقیدا بکون المدعی عالما کأن یقول له: قد أذنت لک فی الأخذ ان کنت عالما بحقک، بل لا بد من اقامه البینه المثبته لحقه عند الحاکم.

هذا و قد استدل للقول بعدم الجواز بأن التسلط علی مال الغیر علی خلاف الأصل فیقتصر منه علی موضع الضروره و هی هنا منتفیه، و لان الممتنع من وفاء الدین یتولی القضاء عنه الحاکم و یعین من ماله ما یشاء و لا ولایه لغیره. و أجاب فی

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۲-۲۰۵ فیه «علی بن حدید» فعن الشیخ: ضعیف جدا، و قد ضعفه غیره أیضا.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۱۲-۲۰۴ و الظاهر اعتبار سنده و لکنه فی مورد الودیعه کما استدل به فی المستند.

المسالك بأن كون التسلط على مال الغير بغير اذنه خلاف الأصل مسلم لكن العدول عن الأصل لدليل جائز و هو هنا موجود.

و فى الجواهر: «بل يمكن معارضته بأصل عدم وجوب الرفع الى الحاكم» .

قلت: ليس المورد من قبل الشك السببى و المسببى بأن يكون الشك فى جواز الأخذ مسببا عن الشك فى توقفه على اذن الحاكم حتى يكون جريان الأصل فى السبب-بأن يقال الأصل عدم وجوب الرجوع الى الحاكم و عدم توقف الأخذ على اذنه مزيلا لموضوعه فى المسبب فيجوز الأخذ، بل ان هنا علما إجماليا بجواز الأخذ اما بالاستقلال و اما مع اذن الحاكم و انتفاء كل واحد منهما بالأصل يلازم ثبوت الأخر عقلا لا شرعا.

و بناء على تحقق التعارض بين هذين الأصلين فإنهما يتساقطان و يكون المرجع قاعده نفى الضرر و الضرار فى الإسلام.

و كيف كان فان ما ذهب اليه المشهور هو الأقوى، لأن النصوص الداله على الجواز تخصص عمومات «لا يحل مال امرئ» و بها ينقطع الأصل المزبور، و ان الاستدلال بأن الممتنع من وفاء الدين يتولى القضاء عند الحاكم و يقوم مقامه كالاجتهاد فى مقابله تلك النصوص.

و هذا الخلاف هو فى صوره وجود البينه و التمكن من الوصول الى الحاكم، قال المحقق:

«و لو لم تكن له بينه أو تعذر الوصول الى الحاكم و وجد الغريم من جنس ماله اقتص مستقلا بالاستيفاء» قال فى الجواهر: بلا خلاف فيه عندنا بل الإجماع بقسميه عليه، لإطلاق الأدله المزبوره و غيرها.

حكم الاقتصاص من الوديعه:

قال المحقق: «نعم لو كان المال وديعه عنده ففى جواز الاقتصاص تردّد أشبهه الكراهه» .

ص:۱۰۵

أقول: اختلف الأصحاب فى جواز الاقتصاص من الوديعه، فذهب الشيخ فى الاستبصار و المحقّق و أكثر المتأخرين كما فى المسالك و الجواهر الى الجواز على كراهه، و ذهب الشيخ فى النهايه و جماعه إلى التحريم، و منشأ الخلاف هو اختلاف الروايات بظاهرها فى هذه المسأله.

فممّا يدلّ على الجواز عموم الأدله السابقه فى المسأله المتقدمه، و خصوص خبر أبى العباس البقباق: «انّ شهابا ما رآه فى رجل ذهب له بألف درهم و استودعه بعد ذلك ألف درهم. قال أبو العباس فقلت له: خذها فكان الألف التى أخذ منك فأبى شهاب. قال: فدخل شهاب على ابى عبد اللّه عليه السّلام فذكر ذلك له. فقال: أما أنا فأحبّ أن تأخذ و تحلف» (۱)دلّ هذا الخبر على الجواز من غير كراهه.

(۲) و خبر على بن سليمان قال: «كتبت اليه: رجل غصب مالاـ أو جاريه ثم وقع عنده مال لسبب وديعه أو قرض مثل خيانه أو غضب (مثل ما خانه أو غصبه) أ يحل له حبسه عليه أم لا؟ فكتب: نعم يحل له ذلك ان كان بقدر حقه، و ان كان أكثر فيأخذ منه ما كان عليه و يسلم الباقى إليه إنشاء اللّه» (۲).

و مما احتج به القائل بالتحريم بعد عمومات النهى عن التصرف فى مطلق الامانه، و الداله على عدم جواز التصرف فى مال الغير إلا بإذنه:

(۱) ما عن سليمان بن خالد قال: «سألت أبا عبد اللّه عليه السّلام عن رجل وقع لى عنده مال فكابرنى عليه و حلف ثم وقع له عندى مال آخذه «فآخذه» لمكان مالى الذى أخذه و أجحد و أحلف عليه كما صنع؟ قال: ان خانك فلا تخته و لا تدخل فيما عبته عليه» (۳).

(۲) ما عن معاويه بن عمار عن ابى عبد اللّه عليه السّلام قال: «قلت له: الرجل يكون

۱- ۱) وسائل الشيعه ۱۲-۲۰۲. صحيح.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۱۲-۲۰۴. ضعيف بعلى بن سليمان فإنه مجهول.

۳- ۳) وسائل الشيعه ۱۲-۲۰۴. صحيح.

لی علیه حق فیجحدنیه ثم یستودعنی مالا أ لی أن آخذ مالی عنده؟ قال: لا، هذه الخیانه» (۱).

(۳) ما عن ابن أخ الفضیل بن یسار قال: «کنت عند ابی عبد اللّه علیه السّلام و دخلت امرأه و کنت أقرب القوم إلیها، فقالت لی: اسأله، فقلت: عما ذا؟ فقالت: ان ابنی مات و ترک مالاـ کان فی ید أخی فأتلفه. ثم أفاد أخی مالا فأودعنیه، فلی أن آخذ منه بقدر ما أتلف من شیء فأخبرته بذلک فقال: لا. قال رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله: أد الأمانه الی من ائتمنک و لا تخن من خانک» (۲).

قال فی المسالک: و فی هذا الحدیث دلاله من ثلاثه مواضع.

قلت: و الوجه هو الجمع بین الطرفین بالحکم بالجواز علی کراهه فیحمل خبر أبی العباس الظاهر فی عدم الکراهه علی بعض الوجوه، کأن یکون رجوعه الی الحاکم و حلفه عنده أحب الی الامام علیه السّلام دفعا لتوّهم الخیانه، أو أن یکون المراد أن أخذه یوجب فراغ ذمه الرّجل و خلاصه من العقاب الأخروی من هذه الناحیه و هذا الأمر أحب إلیه علیه السّلام، و من هنا کانت الفتوی بالنسبه الی من کان مدینا لشخص فمات الدائن و قد استقر علیه الحج أن لا یسلم المال الی وارثه فی حال علمه بأنه لا یستأجر من یحج عن المیت بل علیه أن یستأجر بذاک المال من یحج عنه.

و یحمل خبر ابن أخ الفضیل أیضا الدال علی المنع من وجوه علی بعض الوجوه کما فی المسالک.

و مع إمکان هذا الجمع الدلالی لا تصل النوبه إلی الترجیح أو التساقط.

لو کان من غیر جنس الموجود:

قال المحقق: «و لو کان المال من غیر جنس الموجود جاز أخذه بالقیمه العدل و یسقط اعتبار رضا المالک بالطاطه کما یسقط اعتبار رضاه فی الجنس» .

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۲-۲۰۵. و هو معتبر سندا.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۱۲-۲۰۲. و هو صحیح.

أقول: لا خلاف فى شيء من ذلك بيننا كما فى الجواهر، فالحكم فى متحد الجنس و مختلفه سواء، و هو مقتضى إطلاق الأدله السابقه و خصوص خبر ابن رزين فى الجاريه و الدابه الفارهه. و هذا فى صوره تلف المال الذى فى ذمه الغاصب واضح:

و اما مع وجوده فالكلام فى أنه هل يكون الذى بيده ملكا له بهذا التقاص بان تتحقق المبادله القهريه بين المالين، أو يكون ما يأخذه صاحب الحق بدل الحيلوله، بمعنى تجويز الشارع له أخذ مال الغاصب بدل حيلولته بينه و بين تصرفاته فى ملكه، نظير ما لو كسر شخص إناء إنسان فإنه يجب عليه دفع ثمنه ثم يكون هذا المكسر ملكا لصاحب الإناء، بمعنى ان المال الذى دفعه كان فى مقابل الإتلاف و لكن لا يخرج المكسر عن ملك صاحب الإناء و تظهر الثمره فى الصلاه فيه مثلا؟ و لا يبعد أن يكون الوجه الثانى هو الأظهر ان كان الأمر نظير كسر الإناء دون ما إذا كان نظير إلقائه فى البحر مثلا حيث الماليه غير منتفيه.

جواز تولى بيع الوديعه:

قال المحقق: «و يجوز أن يتولى بيعها و قبض دينه من ثمنها دفعا لمشقه التربص بها» .

أقول: ان كان التربص واجبا رفع وجوبه بدليل نفى الحرج، لكن له أن يتملكها ثم يبيعها و لا حرج فى هذه الصوره، نعم بناء على اعتبار المماثله بين الوديعه و المال الذى فى ذمه الغاصب يتم ما ذكره. كما أن ما ذكره صاحب الجواهر من انه يجوز له بيع ثمنها الى أن ينتهى الى ما يساوى حقه فى الجنس ثم يأخذه مقاصه لا يمكن المساعده عليه.

و العمده هو إطلاق الأدله فإن مقتضاه عدم اعتبار المماثله مطلقا، أى سواء أمكن الاقتصار فى المقاصه على الأخذ من جنس حقه أو لم يمكن.

لو تلفت الوديعه قبل البيع فهل يضمن؟

قال المحقق: «و لو تلفت قبل البيع، قال الشيخ: الأليق بمذهبنا انه لا يضمنها

و الوجه الضمان لانه قبض لم يأذن فيه المالك، و يتقاصان بقيمتها مع التلف» .

أقول: قد وقع الخلاف فى الضمان بالتلف قبل البيع للاقتصاص، فان هذا يريد حقه من المدين و ذاك يريد ثمن ماله الذى تلف بيد هذا، فان كان المثمن و الثمن متساويين من حيث القيمه فيقع التهاتر أو التقاص من الطرفين، و ان كان هذا أكثر فحقه باق بمقداره، فإذا لم يضمن كان له التقاص مره أخرى و هل يضمن؟ قال الشيخ: لا. و قال المحقق: «الوجه الضمان» وجه الأول: ان تسلطه على المال كان باذن من الشارع، و حينئذ لا ضمان مع كون اليد مأذونه، و وجه الثانى: هو ان مجرد الإذن الشرعى لا يقتضى عدم الضمان.

أقول: ان كان المستفاد من النصوص جواز الاقتصاص مع خلوها عن الاذن فى التصرفات الأخرى و حتى عن الإمساك زمانا ثم التقاص-و المفروض انه لم يكن عنده وديعه-فالضمان متحقق بلا كلام، و ان تلف فى حال التقاص المأذون فيه فهذا محل الكلام.

قال فى الجواهر: انه لا منافاه بين اذن الشارع و بين الضمان بعد أن لم يكن فى شىء من النصوص الحكم بكونه قبض امانه فيندرج فى ما دل على عدم ضمانها كما انه ليس فى شىء من الأدله الشرعيه عنوان للأمانه الشرعيه على وجه يكون المقام منها موضوعا و حكما، إذ ليس إلا الاذن فى القبض لاستيفاء حقه، و هو أعم من الائتمان الذى لا يستعقب الضمان كالالتقاط و نحوه، و ليس كل ما اذن الشارع فى قبضه يكون أمانه خصوصا القبض لمصلحه القابض التى هى استيفاء حقه منها، بل ذلك من المالك لا يقتضى الائتمان المزبور، و حينئذ فتبقى قاعده ضمان مال المسلم المستفاده من عموم على اليد و غيره بحالها، و يتقاصان بقيمتها مع التلف.

قلت: لكن الاستدلال بالحديث يتوقف على عمومه للمقام، لكن قاعده اليد جعلت حكما مغيّى بوجوب الأداء، و فيما نحن فيه يبنى الأخذ على عدم الرد و يريد التقاص، بل ان هذه القاعده منصرفه عن اليد غير العدوانيه، و إذا سقطت القاعده و لا دليل غيره فالأصل عدم الضمان.

ص:۱۰۹

ثم قال فی الجواهر: «مضافا الی ان القبض للمقاصه هو قبض ضمان لا قبض مجان، بل هو أولی من قبض السوم» .

و فیه انه فرق بین الموردین، ففی قبض السوم أقدم القابض علی القبض بانیا علی دفع العوض، و قد اذن المالک بالقبض إذنا مقیدا بالعوض، و اذن الشارع فی القبض هناک تابع لإذن المالک.

و فیما نحن فیه قد عرفت عدم شمول قاعده الید للمقام أو انصراف دلیلها عنه، فبین المقامین فرق واضح.

و بناء علی شمول القاعده للمقام یقع البحث فی أنه هل اذن الشارع ملازم لعدم الضمان أو الاذن أعم؟ أما مع الشک فی ثبوت الضمان و عدمه فهل المرجع هو عموم علی الید أو یستصحب حکم المخصص و هو «لیس علی الأمین إلا الیمین» ؟ .

لقد تقرر فی محله ان الحق استصحاب حکم المخصص، فیکون الحکم فی المقام عدم الضمان مثل ما إذا قلنا بعدم شمول القاعده من أول الأمر.

و قال العراقی: «یمکن ان یقال بأن الشک فیه مسبب عن الشک فی صیرورته ولیا علی التصرف، فأصاله عدمها حاکمه علی الأصل المزبور بعد الجزم بأن ولایته السابقه علی حفظه انعدمت، و استصحاب مطلق ولایته غیر جار لانه من باب استصحاب الکلی من القسم الثالث» .

قلنا: هنا مطالب، الأول: الولایه هنا لیست غیر اذن الشارع فی التصرف فإنه بمجرد الإذن الشرعی یکون الأمر موکولا الیه و لا نعنی بالولایه إلا ذلک.

الثانی: لو سلمنا ان الولایه أمر زائد علی الاذن فإن اختلاف الموجب للولایه لا یوجب الاختلاف و التعدد فی الولایه نفسها، فإذا کان لشخص ولایه فی التصرف فی المال من جهه الائتمان فی الیوم الماضی، و ثبت له الولایه الیوم من جهه التقاص لم یتحقق له فردان من الولایه.

و الثالث: ان عدم ثبوت الضمان بالتصرف أمس کان من جهه اذن المالک و الیوم من جهه اذن الشارع. فعدم ثبوته واحد و مع الشک یستصحب بلا مانع.

مسألتان

الاولی: من ادعی ما لا ید لأحد علیه قضی له

قال المحقق قدس سره: «من ادعی ما لا ید لأحد علیه قضی له» أقول: هذه قاعده کلیه تنطبق علی المصادیق المختلفه، فمن ادعی ما لا ید لأحد علیه سواء کان درهما أو دینارا أو حیوانا أو کتابا أو غیر ذلک، و سواء کان بین جماعه أو لا، قضی له من غیر بینه و یمین، کما یقبل قوله عند جمیع العقلاء، و للحاکم أن یعتمد علی هذه السیره فیجعلها طریقا الی الواقع و مدرکا لحکمه، إذ لا یشترط فی حکم الحاکم أن یکون فی مورد المرافعه دائما.

فالملاک عند العقلاء أن یدّعی المدعی الشیء الذی لا ید لأحد علیه و لا یکون معارض لهذا المدعی، و لذا أضاف فی القواعد قید عدم منازعه أحد له، و هو ظاهر المسالک حیث قال بعد ذکر الروایه الاتیه: «و لانه لا منازع له حتی یطلب منه البینه»
.

و المراد من «الید» فی قوله «ما لا ید لأحد علیه» هی الید الفعلیه، بأن لا یکون لأحد ید علی الشیء حین الدعوی، و المراد من «قضی له» أن یحکم الحاکم ان رجع إلیه فی القضیه بکون الشیء ملکا للمدعی، فکأنه یطبق فی تلک القضیه الشخصیه الفتوی الکلیه بأن من ادعی شیئا و لا معارض له فهو له، نظیر ما إذا أفتی فتوی کلیه بکون الحبوه للولد الأکبر، ثم إذا سئل عن مالک هذا السیف الموجود

ضمن ترکه هذا المیت و هو یعلم بأن زیدا هو الولد الأکبر حکم بکونه لزید من جهه انه من الحبوه، تطبیقا لتلک الفتوی الکلیه علی هذه القضیه الشخصیه فیکون بحکم الحاکم بمنزله ذی الید.

و قد استظهر من المسالک أن المراد من «قضی له» عدم التعرض له و عدم منعه من التصرف فی العین، و هو بعید.

فالدلیل علی هذا الحکم هو السیره العقلائیه، و علی طبقها حکم الامام علیه السّلام فیما رواه منصور بن حازم فی قضیه هی من مصادیق تلک القاعده الکلیه التی ذکرناها، و من هنا قال المحقق قده:

«و من بابه أن یکون کیس بین جماعه فیسألون هل هو لکم؟ فیقولون: لا و یقول واحد: هو لی، فإنه یقضی به لمن ادعاه» .

أی: کما رواه منصور بن حازم عن أبی عبد اللّه علیه السّلام قال: «قلت: عشره کانوا جلوسا وسطهم کیس فیه ألف درهم، فسأل بعضهم بعضا أ لکم هذا الکیس؟ فقالوا کلهم: لا و قال واحد منهم: هو لی، فلمن هو؟ قال: للذی ادعاه» (۱).

و من الأصحاب من استدل بهذه الروایه علی الحکم فی المسأله، قلت:

و لو کان الدلیل منحصرا بها یشکل التعدی عن موردها، فلا بد من الأخذ بالقدر المتیقن من مدلولها، و أما إشکال المحقق الأردبیلی بعدم إحراز کون «یونس» الراوی عن منصور «یونس بن عبد الرحمن الثقه» فقد أجاب عنه فی مفتاح الکرامه بأن الشیخ و ان لم یذکر اسم أبیه فی التهذیب لکن المذکور فی النهایه: یونس ابن عبد الرحمن (۲).

و استدل فی الجواهر للحکم المذکور بأصاله صحه قول المسلم و فعله بل کل

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۲۰۰ الباب ۱۷ من أبواب کیفیه الحکم.

۲- ۲) سند الخبر صحیح: و ما ذکرناه عن مفتاح الکرامه هو صریح الشیخ الحر فی وسائل الشیعه، و تجده فی النهایه:۳۵۰ ط لبنان.

مدع و لا معارض له، و أشكل عليه: «بأن من المحقق فی محله عدم قيام دليل على وجوب حمل قول المسلم على الصحه بمعنى الصدق، فيكون الأصل فی قول المسلم الحجيه إلا ـ ما خرج بالدليل بل ظاهر الأدله خلافه، نعم الصحه بمعنى عدم اللغويه أو المشروعيه قام الدليل على وجوب حمله عليها، لكن الصحه بهذا المعنى لا ربط لها بالمقام و لا تنفع المستدل أصلا كما لا يخفى.

هذا مضافا الى ما أفاده الأستاذ العلامه من أنه لو كان الأصل فی قول المسلم الحجيه و الصدق لكان واردا على اليد أيضا لو كان فی مقابله يد نظير البينه فلا يحتاج إلى إقامه البينه، و هذا مما لا يذهب إليه أحد» (۱).

أقول: ان المراد من أصاله حمل قول المسلم و فعله على الصحه هو حمل أفعاله المتعلقه بنفسه، و سماع كلامه فی كل أمر يتعلق به على الصحه، فلو ادعى كون الشیء له-و لم يكن له معارض-سمع قوله من جهه أنه أبصر بأموره و بمعرفه ما يملكه و ما يتعلق له به حق و يعود اليه من غيره، و بهذا التقريب يندفع الاشكال المذكور، و النقض بعدم سماع قوله بالنسبه الى ما فی يد غيره غير وارد، لوضوح أنها دعوى بالنسبه إلى أمر راجع الى غيره، و قد ذكرنا ان مجرى الأصل المزبور هو الأمور المتعلقه بنفسه، و من هنا يقبل قوله إذا قال بالنسبه إلى شیء فی يده:

انه ليس لی، و ان كان له يد عليه، و ليس قبول قوله هذا من جهه كونه إقرارا.

و قد استظهر صاحب الجواهر من الخبر المذكور قبول دعوى المدعی و لو بعد قوله ليس لی، قال: بل قد يقال بظهور الصحيح المزبور فی قبول دعوى المدعی و لو بعد قوله: ليس لی بناء على إراده الحقيقه من قوله كلهم.

قال: و يمكن أن يكون على القواعد أيضا لأصاله صحه قوليه معا باحتمال التذكر و غيره لعدم المعارض.

قلت: ما ذكره يتوقف على أن يكون القائل هو لی من جمله القائلين: لا

۱- ۱) كتاب القضاء للمحقق الآشتيانی.

و لیس فی الخبر ظهور فی ذلک، فلا بد من الأخذ بالقدر المتیقن و هو أن لا یکون منهم.

و قال ابن إدریس بعد الروایه: «فقه هذا الحدیث صحیح، و لیس هذا مما أخذه بمجرد دعواه و انما لم یثبت صاحب سواه، و الید علی ضربین ید مشاهده و ید حکمیه فهذا یده علیه ید حکمیه، لأن کل واحد منهم نفی یده عنه و بقی ید من ادعاه علیه حکمیه، و لو قال کل واحد من الجماعه فی دفعه واحده أو متفرقا هو لی لکان الحکم فیه غیر ذلک، و کذلک لو قبضه واحد من الجماعه ثم ادعاه غیره لم یقبل دعواه بغیر بیّنه، لان الید المشاهده علیه لغیر من ادعاه، و الخبر الوارد فی الجماعه أنهم نفوه عن أنفسهم و لم یثبتوا لهم علیه یدا لا من طریق الحکم و لا من طریق المشاهده، و من ادعاه له علیه ید من طریق الحکم فقبلنا دعواه فیه من غیر بینه، ففقهه ما حررناه، و أیضا إنما قال ادعاه من حیث اللغه، لأن الدعوی الشرعیه من ادعی فی ید غیره عینا أو دینا» .

و ما ذکره قدس سره مشکل جدا، و لو کان هنا ید و کانت العین فی الحقیقه للغیر و قد تلفت بتلف سماوی لزم أن یکونوا ضامنین له، و هذا لا یقول به أحد.

الثانیه: لو انکسرت سفینه فی البحر فما هو حکم ما خرج منه؟

قال المحقق قده: «لو انکسرت سفینه فی البحر فما أخرجه البحر فهو لأهله و ما أخرج بالغوص فهو لمخرجه، و به روایه فی سندها ضعف» .

أقول: لقد نسب هذا الحکم إلی الأشهر عند الأصحاب، و الأصل فیه روایه قال المحقق: فی سندها ضعف، قلت: عمل المشهور بها یجبر ضعف سندها، و الروایه هی خبر الشعیری. قال: «سألت الصادق علیه السّلام عن سفینه انکسرت فی البحر فأخرج بعضها بالغوص و أخرج البحر بعض ما غرق منها. فقال: أما ما أخرجه البحر فهو لأهله، اللّه تعالی أخرجه لهم، و أما ما أخرج بالغوص فهو لهم و هم أحق به» .

انما الکلام فی حکم المسأله بحسب القواعد مع غض النظر عن الروایه

بناء على انجبارها أو عدمه لعدم الموافقه على الكبرى أو عدم تحقق عمل المشهور على طبقها.

فقيل: ان الوقوع فی البحر فی حكم التلف و الا فليس الإخراج بالغوص من الأمور الموجبه لانتقال الملك، و حيث يكون فی حكم التلف خرج عن ملك مالكه، فمن أخرجه ملكه كما تملك المباحات بالحيازه انتهی و هو مشكل جدا.

نعم هذا يتم فی صوره إعراض المالك بناء علی كون مجرد الاعراض مخرجا عن الملك، و قد استشكل فی الجواهر فی ذلك بأن زوال الملك يتوقف علی سبب شرعی كتوقف حصول الملك عليه، لكن الظاهر أن العقلاء يعتبرون الاعراض مخرجا، فمن أعرض عن شیء له خرج عن ملكه عندهم، و لان «الناس مسلطون علی أموالهم و أنفسهم» لكن الكلام فی الصغری، فان كان الوقوع فی البحر مصداقا للتلف الذی يزول معه اعتبار الملكيه أو مقرونا بالاعراض المخرج عن الملكيه كان ما أخرجه الغائص ملكا له.

و كيف كان فالحكم فی المسأله ما ذكروه للخبر المذكور لانجبار ضعف سنده بعمل المشهور (۱)خلافا للجواهر، و احتمال اراده كون الجميع لأهله كما

ص:۱۱۵

فی الجواهر و عن بعضهم الجزم به خلاف الظاهر انصافا.

ص:۱۱۶

الکلام فی:الاختلاف فی دعوی الاملاک

اشاره

و فیه مسائل

ص:۱۱۷

(المسأله الاولی) :

اشاره

و فیها صور:

الصوره الاولی: لو تنازعا عینا فی یدهما و لا بینه

قال المحقق: «لو تنازعا عینا فی یدهما و لا بینه قضی بینهما نصفین و قیل:

یحلف کل منهما لصاحبه» أقول: لو تنازعا عینا و لا بیّنه لأحدهما، فتاره تکون العین فی یدهما معا، و أخری تکون فی ید أحدهما خاصه، و ثالثه تکون فی ید ثالث.

ففی الصوره الاولی لا خلاف فی أنه یقضی بینهما نصفین، بأن تکون نصف العین لهذا و نصفها الأخر لذاک، الا أن الخلاف فی توقف ذلک الحکم علی أن یحلف کل من المدعیین لصاحبه و عدمه، فظاهر المحقق قدس سره هنا و جماعه الثانی، و اختار فی النافع-کما قیل-الأول و علیه جماعه بل قیل انه المشهور، و تظهر الثمره فی صوره نکول أحدهما بناء علی التوقف، فإنه یحکم بکون کلها للآخر.

و استدل للقول الأول بأن هذه الصوره من مصادیق قولهم علیهم السّلام: «البینه علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه» (۱)و قوله صلّی اللّه علیه و آله: «إنما أقضی بینکم بالبینات و الایمان» (۲)بتقریب أن کل واحد من المدعیین قد وقعت یده فی الحقیقه

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۸-۱۷۰

۲- ۲) وسائل الشیعه ۱۸-۱۶۹.

على نصف العين المتنازع فيها، لان يـده على النصف الأخر معارضه بيد الأخر، فيكون كل واحد منهما ذا يد على نصف العين و مالكا له بمقتضى يده و مدعيا لملكيه النصف الأخر الذى هو فى يد صاحبه، و الأخر ينكر دعواه، فكل منهما مدع و مدعى عليه، و حيث انه لا بينه لأحد الطرفين وجب على كليهما اليمين باعتبار أنهما منكران، فإذا حلفا حكم بالتنصيف.

و اسـتدل للثانى بأن كل واحد منهما يدعى ملكيه كل العين و لا ريب فى مخالفه دعوى أحدهما للواقع، و حينئذ فلا كاشفيه ليد أحدهما بالنسـبه إلى ملكيه الكل لوجود المعارض، بل يتساقطان فلا مدعى و لا مدعى عليه، و يكون الحكم هو التنصـيف، و قد ادعى عليه الإجمـاع، و هو ظـاهر المرسـل المنجبر ضـعفه بما ذكر، حيث روى «ان رجلين تنازعا دابه ليس لأحـدهما بيّنه، فجعلها النبى صلّى اللّه عليه و آله بينهما» (۱)فيكون المورد نظير العين التى يدعيها اثنان و لا يد لأحدهما عليها، فالحكم هو التنصيف لا القرعه، للنص و الإجماع، و ليس موردا للحلف.

و يحتمل هنا الحكم بالتحالف بأن يحلف كل واحد على ما يدعيه و نفى ما يدعيه الأخر، ثم يقع البحث فى كيفيه الحلف.

و لو فرض أن كل واحـد جاء ببيّنه على ما يدعيه، فان البينتين تتعارضان، فان حلف أحدهما طبق بيّنته حكم له، و ان لم يحلفا أو حلف كلاهما حكم بالتنصيف.

و ربمـا يجمع بين القولين الأـولين فى المسأله بأن القول بالحلف هو فى صوره مطالبه الخصم، و القول بعـدم لزومه هو فى صوره عدمها. و هذا الجمع يخالف ظاهر كلمات القوم.

و صاحب الجواهر ينكر شمول قاعده «البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه» لهذه الصوره بتقريبين:

ففى الأول بسقوط اليد بالمعارضه فلا مدعى عليه فيحكم بالتنصيف عملا

۱- ۱) سنن البيهقى ۱۰-۲۵۵.

بالنص أو من جهه أنه طريق عقلائى، إذ متى لم يمكن العمل بمقتضى كلا اليدين معا فيحكم العقلاء بذلك.

و فى الثانى انه لا مـدعى فى هـذا المقام، من جهه ان كليهما له يـد فكل منهما مدعى عليه، و لذا لو ادعى ثالث هذه العين طالباه بالبينه على ما يدعيه، ثم قال:

اللهم الا ان يقال ان اليمين هنا لترجيح أحد السببين كالترجيح بها لإحدى البينتين.

قلت: و لكن لا دليل على كون اليمين مرجحه فيما نحن فيه.

قـال: أو يقـال: ان لكـل منهمـا إحلاف صاحبه، بمعنى ان التحالف أمر راجع إليهما لا يجبر الحاكم عليه و لا يتوقف عليه القضاء بالنصف، بل كل منهما ميزان القضاء. و كأن هذا هو الذى فهمه الأصبهانى فى كشفه عن المصنف فى النافع.

ثم ان صاحب الجواهر تنظّر فيما ذكره كاشف اللثام.

و حاصـل كلامـ الجواهر هو اختيـار القول الأـول، لكن الإنصـاف أن القول الثانى عن بعيـد من جهه أن العرف يرون لكل واحد منهما يدا على النصف فتحقق صغرى قاعده «البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه» .

أما حق الدعوى ففى سقوطه بإسقاط صاحبه تأمل، و على فرضه فإنه لا يحكم الحاكم بكون مورد الدعوى للمدعى عليه.

و حيث رضـى المـدعى بيمين صـاحبه و حلف فقـد ذهبت اليمين بحقه، و على هـذا يمكن حمـل القول الثـانى، أى انه مع رضـا الخصم بيمين خصمه فلا تداعى بينهما حتى يحلف كلاهما، بل ان حلف الخصم أخذ الكل فلا تنصيف، فالقول بالحلف هو فى صوره تحقق التـداعى بينهمـا، لكن يبقى الكلام فى كفايه الرضا باليمين هنا مع أن المورد ليس موردا حقيقيا لقاعـده المـدعى و المنكر، الا أن يقال بعموم نصوص «ذهبت اليمين بحقه» لهذا المورد.

و لو لم يكن بينهمـا تـداع و قـد ماتا و العين فى أيـديهما فهى على النصف بينهما لعـدم التـداعى، و على تقـديره من الورثه، فإن حلف أحدهما دون الأخر برضاه

أخذ العين كلها و ان تداعيا فالقولان.

و ان ادعى أحد الشريكين فى تركه على الأخر العلم باستحقاق جميع تلك العين بهبه المورث مثلا فهنا يحلف الأخر على نفى العلم، و لو ادعى الأخر هذه الدعوى كذلك وقع التداعى فيحلفان على نفى العلم.

و على القول الثانى فمن الذى يحلف أولا؟ المتجه وفاقا للجواهر تقديم الأسبق منهما، و مع الاقتران قال: يقدم من كان على يمين صاحبه. و يحتمل القرعه أو جعل الأمر بيد الحاكم نفسه.

الصوره الثانيه: لو كانت يد أحدهما عليها

قال المحقق قدس سره: «و لو كانت يد أحدهما عليها قضى بها للمتشبث مع يمينه ان التمسه الخصم» .

أقول: و الصوره الثانيه أن تكون يد أحد المتنازعين على العين، و هذه الصوره هى المصداق المتيقن لأدله: «البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه» فصاحب اليد هو المدعى عليه و الأخر المدعى، و المفروض عدم البينه، فيحلّف من هى بيده، فان حلف قضى بكونها له، و ان نكل عن اليمين فالقولان من القضاء بالنكول أو مع رد اليمين.

الصوره الثالثه: لو كانت يدهما خارجه

اشاره

و فيها صور:

قال: «و لو كانت يدهما خارجه، فان صدّق من هى فى يده أحدهما أحلف و قضى له» .

١–ان يصدق من هى بيده أحدهما

أقول: و الصوره الثالثه أن تكون العين فى يد ثالث و يدهما معا خارجه عنها، فهنا صور ذكر المحقق الاولى بقوله: «فان صدق من هى فى يده أحدهما أحلف و قضى له» و وجه ذلك: أن العين تكون بإقرار الثالث ملكا لزيد مثلا، فيكون

زید صاحب الید علی العین و المدعی علیه و عمرو الأخر المدعی، و حیث أنه لا بیّنه فی المقام فإنه یحلف زید و یقضی له، کذی الید فی قیام الشاهد الواحد فعلا علی ملکه.

لکن هنا بحث من جهه أن ذا الید فی هذه الصوره هو الثالث، و قد کانت العین فی یده من أول الأمر، فإن صدق زیدا فی دعواه کون العین له فان القدر المسلّم به من تأثیر هذا الإقرار خروج العین عن ملک الثالث لأن «إقرار العقلاء علی أنفسهم جائز» و أما حجیه هذا الإقرار فیما زاد عن ذلک و هو کون العین لزید المقر له فإنها مبنیه علی القول بحجیه الإقرار بالنسبه إلی الغیر، و هذا أمر مختلف فیه کما تقدم فی محله، فإنه بناء علی القول بعدم ترتب الأثر علی الإقرار بالنسبه إلی الغیر تخرج العین هنا عن ملک الثالث و لا یکون زید ذا ید علیها حتی لو سلمها الثالث الیه بعد الدعوی، بل تکون عینا لا ید لأحد علیها و تجری حینئذ أحکام تلک الصوره.

و بالجمله فقول الأکثر بکون زید المقر له ذا ید یتوقف علی أن یکون إقرار الثالث حجه شرعیه بالنسبه الی زید فیکون ذا ید علی العین و مدعی علیه، و الا فلا دلیل علی ذلک، نعم ذکر فی المستند دلیلین:

أحدهما: بناء العقلاء علی جعل زید فی مفروض المسأله ذا الید علی العین و یعاملونه معامله المالک للمال، و هذا نص کلامه: «و یدل علی کونه للمصدق له:

انه حینئذ یکون ذا الید، فان ظاهر العرف أن من أسباب صدق الید کون الشیء تحت تصرف من ثبت أنه مباشره کالوکیل و الأمین و المستودع و المستأجر و المستعیر، أو أقر بذلک.» .

و الثانی: الروایات حیث قال: «و یدل علیه أیضا أنه أقر الثالث بکونه له، و من أقر شیئا فی یده لأحد فهو له. للمستفیضه الداله علی من أقر بعین لأحد فهو له: کمرسله جمیل: فی رجل أقر انه غصب رجلا علی جاریته و قد ولدت

الجاريه من الغاصب، قال: ترد الجاريه و ولدها على المغصوب إذا أقر بذلك أو كانت له بينه» . و صحيحه سعد بن سعد: «عن رجل مسافر حضره الموت فدفع مالا الى رجل من التجار، فقال: ان هذا المال لفلان ابن فلان ليس له فيه قليل و لا كثير، فادفعه اليه يصرفه حيث شاء، فمات و لم يأمر فيه صاحبه الذى جعله له ما مرّ و لا يدرى صاحبه ما الذى حمله على ذلك، كيف يصنع؟ قال: يضعه حيث شاء» و مثلها صحيحه إسماعيل الأحوص.

و صحيحه أبى بصير «عن رجل معه مال مضاربه فمات و عليه دين، فأوصى ان هذا الذى ترك لأهل المضاربه، أ يجوز ذلك؟ قال: نعم إذا كان مصدقا، أى لم يكن متهما» . و يؤيده أيضا روايه المهدى: «ان أخى مات فتزوجت امرأته، فجاء عمى و ادعى انه تزوجها سرا، فسألتها عن ذلك، فأنكرت أشد الإنكار و قالت: ما كان بينى و بينه شىء قط. فقال: يلزمك إقرارها و يلزمه إنكارها» (1).

ثم ان الحكم لزيد المقر له يتوقف على يمينه، أما الثالث فلا يمين عليه و ان كان ظاهر عباره القواعد وجوبها عليه حيث قال: «و لو كانت فى يد ثالث حكم لمن يصدقه بعد اليمين منهما» . نعم يتوجه عليه اليمين ان طالب عمرو بها، و هل يحلف على نفى العلم بكونها له أو على البت؟ قال جماعه بالأول، و فى الجواهر:

الظاهر توجه اليمين عليه على البت لانه مدعى عليه. قلت: و منشأ الخلاف هو الاختلاف فيمن هو المدعى عليه فى هذه الصوره. و قد أشرنا الى ذلک.

و كيف كان فان نكل زيد حكم بكونها لعمرو اما بمجرد النكول و اما مع اليمين المردوده على القولين، و ان نكلا جميعا فالحكم هو التنصيف.

ثم ان لعمرو أن يدعى على الثالث دعوى جديده بعنوان كونه السبب فى تلف ماله بتصديقه دعوى زيد دونه، ثم حكم الحاكم بكون العين لزيد على أثر تصديقه له، فيكون الثالث حينئذ مدعى عليه و عليه اليمين، فان نكل عنها لزمه الغرم اما

1- 1) المستند 2-580

بمجرده و اما بعد اليمين المردوده، و الوجه فی صحه هذه الدعوی علی الثالث کونه السبب فی تلف المال من عمرو-و ان کان تملک زید له بحکم الحاکم-لان السبب أقوی من المباشر، و قد یستدل لذلک بعموم التعلیل الوارد فی خبر عمر بن حنظله:

«فی رجل قال لاخر: اخطب لی فلانه فما فعلت من شیء مما قاولت من صداق أو ضمنت من شیء فذلک رضی لی و هو لازم لی و لم یشهد علی ذلک. فذهب فخطب له و بذل عنه الصداق و غیره ذلک مما طالبوه و سألوه، فلما رجع إلیه أنکر له ذلک کله. قال: یغرم لها نصف الصداق عنه، و ذلک انه هو الذی ضیّع حقها.

الحدیث» (۱).

و کیفما کان معنی الروایه، فإن محل الاستدلال قوله علیه السّلام: «و ذلک انه هو الذی ضیّع حقها» فان هذا التعلیل یشمل ما نحن فیه، و حیث ان دعوی عمرو علی الثالث هی بعنوان کونه المضیّع لحقه، فإنه یلزم الثالث الغرم.

و هل الغرم بمقدار ثمن العین أو نصف ثمنه؟ الظاهر هو الأول، فیکون نظیر ما إذا أقر بکون العین لزید فدفعها الیه بحکم الحاکم ثم أقر بکونها لعمرو فإنه یلزم بدفع ثمن العین کله.

و لو أراد الثالث أن یحلف فهل یحلف علی البت أو علی نفی العلم بکون العین ملکا لعمرو المدعی؟ قیل بالأول، و أشکل علیه بأن الدعوی قد انصرفت عنه بإقراره و حکم الحاکم، فلو أراد الحلف علی البت کان فی مال الغیر، بل علیه أن یحلف علی نفی العلم بکونها له.

أقول: انه بناء علی ما ذکرنا فی کیفیه طرح دعوی عمرو علی الثالث یتعین الیمین علی البت، لأن الإتلاف فعل نفسه.

علی أن الإتلاف لا یدور مدار العلم، فمن أتلف مال غیره ضمن سواء کان عالما أو جاهلا أو ناسیا، إذ الموضوع للضمان هو الإتلاف و هو هنا متحقق حسب

۱- ۱) أنظر المستند ۲-۵۸۱

دعوى المدعى.

هـذا و فى القواعـد: «و لو كانت فى يـد ثالث حكم لمن يصـدقه بعد اليمين منهما» و مرجع الضـمير فى «منهما» هو المصدّق أى الثـالث و المصـدق المقر له، و أشـكل عليه فى الجواهر بـأنه لاـ أثر ليمين الثالث فى حكم الحاكم بكون العين للمصـدق، قال: و يمكن تعلق «منهما» بقوله: يصدقه» ، فيكون المراد بعد اليمين من المقر له، و حينئذ تكون كعباره المصنف، لكنه خلاف الظاهر.

٢-ان يصدق من هى بيده كليهما

و الصوره الثانيه أن يصدق كليهما قال المحقق «و ان قال: هى لهما قضى بها بينهما نصفين، و أحلف كل منهما لصاحبه» .

أقول: فى هـذه الصوره تخرج العين من يد الثالث، و تكون كالصوره التى هى فى يد المتنازعين، فيحكم بالتنصـيف مع التحالف أو بدونه على القولين.

و حينئـذ يجوز لكل منهما الرجوع على الثالث فيدعى عليه تضـييع نصف المال عليه، فان حلف-بتا على نفى العلم على القولين- فهو و الا وجب عليه دفع ثمن النصف لكل واحد منهما.

و يـترتب على القول بالتحـالف انه ان حلفـا فالتنصـيف و ان نكلاـ فكـذلك، و ان حلف أحـدهما دون الأـخر كـانت العين كلها للحالف، و كان للناكل منهما الرجوع على الثالث، فان حلف فهو و الا وجب عليه الغرم و هو النصف، لان المفروض انه قد ضيّع عليه النصف بإقراره بكون العين لهما معا.

٣-أن يكذب من هى بيده كليهما

و الصوره الثالثه: أن يكذب كليهما فيقول ليست لكما قال المحقق قده «و لو دفعهما أقرت فى يده» .

أقول: ان كذب الثالث كليهما كانا مدعيين و هو المدعى عليه، و حيث لا بينه لهما يجب على الثالث اليمين على نفى كون العين لهما، و هل يشترط تعيين

المالک أو یکفی إنکار کونها لهما؟ قالوا بالثانی، فإذا حلف أقرت العین فی یده و ارتفع النزاع.

و عن المحقق الأردبیلی انه یحلف علی نفی العلم بکونها لهما لا علی البت، و لعل الوجه فیما ذکره هو: أن الیمین علی نفی کونها لهما یمین فی ملک غیر الحالف و لا فائده للیمین فی ملک الغیر سواء کان نفیا أو إثباتا، و وجه ما ذکره القوم من کون الیمین علی البت هو: انه یکفی لتوجه الیمین الیه کون مورد الیمین فی یده، فیقولان له: ان الذی فی یدک لنا، فیحلف علی نفی کونه لهما.

و کیف کان فإذا حلف سقطت دعواهما، و ان نکل، فان کان نکوله بالنسبه إلی کلیهما معا کانت العین کالعین التی هی فی ید المتنازعین فیتحالفان علی القول المشهور و یحکم بالتنصیف، و علی قول المحقق قدس سره یحکم به من دون تحالف، و ان نکل عن الیمین لأحدهما دفعت العین للذی حلف له بناء علی کفایه النکول، و بعد الرد و الیمین علی القول الأخر، و لا یغرم الثالث النصف الأخر، لبطلان قوله «لیست لکما» بنکوله. ثم للآخر ان یدعی علی ذی الید فتکون صغری «البینه علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه» فان نکل المدعی علیه، عن الیمین فالقولان.

۴-ان یقر من هی بیده لأحدهما غیر المعین.

و الصوره الرابعه: ان یقر بکون العین لأحدهما لا علی التعیین. و فی هذه الصوره تکون العین کالعین التی هی تحت یدهما، فیحکم بالتنصیف علی ما تقدم فی تلک الصوره، لکن عن القواعد: «قرع بینهما، لتساویهما فی الدعوی و عدم البینه» و عن التحریر: «فمن خرجت باسمه حلف و کانت له، فان نکل حلف الأخر، و ان نکلا قسمت بینهما» و عن التذکره التحالف، فان حلفا أو نکلا کانت بینهما، و الا فللحالف.

و فی المستند: «قیل: یحتمل القرعه، فیحلف من خرجت له، فان نکل حلف الأخر، و ان نکلا قسمت بینهما. و یحتمل القضاء بینهما نصفین ابتداء بعد

حلفهما أو نکولهما کما لو کانت بیدهما.

أقول: بل الأوجه الثانی لروایه السکونی: قال أمیر المؤمنین علیه السّلام فی رجل أقر عند موته لفلان و فلان لأحدهما عندی ألف درهم ثم مات علی تلک. فقال:

أیهما أقام البینه فله المال، فان لم یقم واحد منهما البینه فالمال بینهما نصفان.

لکن الظاهر من الروایه التنصیف بدون الإحلاف، بل هو مقتضی إطلاقها فالقول به کما فیما إذا کان فی أیدیهما معا أوجه.

و حکم الفاضل فی القواعد بالقرعه بینهما من غیر ذکر حلف. کان حسنا لو لا الروایه المذکوره» .

أقول: قد عرفت وجه القول بالتنصیف.

و أما القول بالقرعه فوجهه ما ذکره العلامه فی القواعد إذ مع تساویهما فی الأمرین یکون صاحب المال أو ذو الید مجهولا لتردده بین الشخصین، و الأمر المجهول یعرف بالقرعه.

فقیل: یحلفان مع ذلک لأنه بالقرعه یعیّن ذو الید، فیکون المدعی علیه و یکون الأخر المدعی، فان لم یحلف المدعی علیه وردت الیمین علی المدعی لزمته.

و قیل بعدم لزوم الیمین مع القرعه، لأنها قد عینت صاحب المال فلا حاجه الی الیمین حینئذ.

لکن الصحیح عدم الحاجه الی القرعه مطلقا بعد وضوح الحکم بظهور الأدله فی التنصیف.

۵-أن یقول من هی بیده لیست لی و لا ادری لمن

و الصوره الخامسه: أن یقول الثالث: لیست العین لی و لکن لا أدری لمن هی. أو یقول: لا أدری أنها لی أو لهما أو لغیرهما.

و الحکم فی هذه الصوره هو الحکم فی العین التی لا ید لأحد علیها-و ان کان بین القولین المذکورین فرق من جهه سنذکره-و قد ادعاها اثنان،

و قد ذکر فی العروه فیها وجوها:

الأول: إجراء حکم المدعی و المنکر، لکون کل منهما مدعیا و منکرا، فمع حلفهما أو نکولهما تقسم بینهما، و مع حلف أحدهما و نکول الأخر تکون للحالف لقوله صلّی اللّه علیه و آله: البینه للمدعی. إلخ. و لروایه إسحاق بن عمار و فیها: «فلو لم یکن فی ید واحد منهما و أقاما البینه؟ قال: أحلفهما فأیهما حلف و نکل الأخر جعلتها للحالف» (۱).

قال السید رحمه اللّه: «و فیه منع صدق المدعی و المنکر، بل کل منهما مدع فیکون من التداعی. و اما الروایه فمختصه بصوره البینه فلا تشمل المقام» و الثانی: التحالف للتداعی، فإذا حلفا قضی بالتنصیف بینهما.

و الثالث: القرعه من جهه أنه أمر مجهول و القرعه لکل أمر مجهول.

و المختار هو الوجه الثانی تبعا للسید فی العروه، و قد نسب الأول-تبعا للمستند-الی المحقق الأردبیلی، لکنّ کلامه یفید اختیاره للوجه الثانی لا الأول، و یشهد بذلک عدم ظهور روایه إسحاق فیما نسب الیه. أما الثالث فقد اختاره المحقق النراقی فقال ردا علی القول الأول: «الحلف أمر شرعی یتوقف علی التوقیف و لا أری دلیلا علی حلفهما هنا و الحکم بنکولهما أو نکول الناکل. و الروایه مخصوصه بصوره إقامتهما البینه، و التعدی یحتاج الی الدلیل.

و القرعه لکل أمر مجهول فالرجوع إلیها أظهر، کما حکم به علی علیه السّلام فی روایتی أبی بصیر و ابن عمار (الاولی): بعث رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله علیا علیه السّلام الی الیمن فقال له حین قدم: حدثنی بأعجب ما ورد علیک، قال: یا رسول اللّه أتانی قوم قد تبایعوا جاریه فوطئوها جمیعا فی طهر واحد، فولدت غلاما فاختلفوا فیه کلهم یدعیه، فأسهمت بینهم و جعلته للذی خرج سهمه و ضمنته نصیبهم. الحدیث (۲). (و الأخری):

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۸-۱۸۲

۲- ۲) وسائل الشیعه ۱۸-۱۸۸

إذا وطئ رجلان أو ثلاثه جاريه فی طهر واحد فولدت، فادعوه جمیعا، أقرع الوالی بینهم، فمن قرع کان الولد له، یردّ قیمه الولد علی صاحب الجاریه -الحدیث (۱).

و عمل بها الأصحاب طرأ فی مورده من غیر إحلاف» و أجاب السید فی العروه عن الاستدلال المذکور بأنه: «لا واقع مجهول فی المقام حتی یعیّن بالقرعه، لعدم کون العین فی یدهما و احتمال کونها لثالث غیرهما. و الروایتان مخصوصتان بموردهما» .

قلت: کأن النراقی یرید إلغاء خصوصیه «الولد» المتنازع فیه الذی لا یمکن القضاء بتنصیفه، و لا طریق إلی معرفه من هو له لا بالیمین و لا بالبینه، حتی یتمکن من التعدی منه الی المال. لکن الإنصاف أن إلغاء هذه الخصوصیه فی الروایتین أصعب من إلغاء الخصوصیه فی روایه إسحاق.

و بما ذکرنا یظهر عدم قابلیه الروایتین للمعارضه مع عمومات البینه علی المدعی و الیمین علی المنکر، و جعل مدلول العمومات: ان کل بینه علی المدعی و کل یمین علی المنکر، لا ان کل مدع و منکر علیه البینه و الیمین یخالف ظاهر تلک الاخبار، و لو تم ذلک لسقطت عن الاستدلال حتی فی موارد وجود المدعی و المدعی علیه، و من هنا لم یوافق علیه النراقی نفسه.

فالحاصل: ان الذی یدعی کون الشیء ملکا له فی مقابل دعوی غیره لذلک أیضا یصدق علیه «المنکر» عرفا فتشمله العمومات کالروایه الوارده فی قضیه فدک، و روایه ابن أبی یعفور (۱)و غیرهما.

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۸-۱۹۰

اذن يوجد عندنا دليل على الحلف فى المورد، و أن دعوى التعارض الذى ذكرها رحمه اللّه فى غير محلها.

فتلخص ان الصحيح هو الوجه الثانى.

ثم هـل الرجوع الى القرعه يختص بمورد الأموال فقط أو يمكن تعيين الحجه الشرعيه بها كـذلك؟ لا ريب فى ترجيح احـدى الروايتين على الأخرى بالقرعه، و فى بعض الاخبار يتعيّن ذو اليد فى بعض الموارد عند التردد بين شخصين، فللقائل بالقرعه فى مسألتنا أن يقول بحلف ذى اليد للمدعى، فلا يرد اشكال الجواهر.

و أما الفرق بين قول الثالث: «ليست لى و لا أدرى انها لمن» و قوله: «لا أدرى انها لى أولهما أو لغيرهما» فهو: أنه فى الأول ينفى كون العين له فيخرج بإقراره عن أطراف الشبهه، بخلاف الثانى، و لذا احتمل فى الثانى القضاء بكون العين له لكون يده عليها و أن جهله لا ينفى ملكيته للعين، و حينئذ يمكن إحلافه على نفى العلم، فان حلف أبقيت العين فى يده، و ان نكل أخذت منه و سلمت الى المدعيين و يقضى بينهما بأحد الوجوه المذكوره.

المسأله الثانيه

اشاره

(فی تعارض البینات)

قال المحقق قدس سره: «یتحقق التعارض فی الشهاده مع تحقق التضاد، مثل أن یشهد شاهدان بحق لزید، و یشهد آخر ان أن ذلک الحق بعینه لعمرو أو یشهدا انه باع ثوبا مخصوصا لعمرو غدوه، و یشهد آخران ببیعه بعینه لخالد فی ذلک الوقت، و مهما أمکن التوفیق بین الشهادتین وفق» .

أقول: کان موضوع البحث فی المسأله الأولی تنازع الشخصین فی ملکیه عین خارجیه و لا- بینه لأحدهما علی دعواه، و قد تقدمت صورها و أحکامها.

و موضوع هذه المسأله حصول التنازع بین الشخصین فی ملکیه العین مع فرض وجود البینه، فإن کان لأحدهما بینه دون الآخر و کانت بینه جامعه للشرائط قضی له بها و لا تصل النوبه إلی إحلاف الآخر کما هو واضح، و ان کان لکل منهما بینه فهنا صور.

متی یحصل التعارض؟

و قد ذکر المحقق قبل بیان الصور و أحکامها کیفیه تحقق التعارض فی الشهاده و المراد منه، بأن ذلک یتحقق «مع تحقق التضاد» بین البینتین بان لا یمکن التوفیق بینهما بنحو من الأنحاء، «مثل أن یشهد شاهدان بحقّ لزید و یشهد آخران أن ذلک الحق بعینه لعمرو، أو یشهدا انه باع ثوبا مخصوصا لعمرو غدوه، و یشهد

آخران ببيعه بعينه لخالد فى ذلك الوقت» بخلاف ما إذا لم يكن كذلك. كما إذا شهد شاهدان بملك أحدهما للثوب أمس و يشهد آخران بملك الآخر له اليوم، فإنه حينئذ يعمل بالبينه الثانيه لإمكان صدقهما معا.

و قد يتحقق التكاذب بين البينتين، و هو تاره يكون بتكذيب احدى البينتين للأخرى مع غض النظر عن الواقع مطلقا، كأن تشهد هذه بأن زيدا أوصى قبل وفاته بكذا و انهما كانا حاضرين عنده حينذاك، فيقول الآخران بأنهما لم يكونا عند زيد فى الزمان المذكور، فهما يكذبانها من غير تعرض منهما لواقع القضيه و انه هل أوصى زيد بكذا أولا.

و أخرى يكون التكذيب بالنسبه إلى الواقع فيقولان: لم يوص زيد بكذا و أن ما شهدت به البينه الأولى مخالف للواقع، إلا انهما قد لا يكذبان تلك البينه لاحتمال اشتباههما و عدم تعمدهما للكذب.

هذا و قد وقع البحث بين الأصحاب فى الفرق بين التعارض و التكاذب موضوعا و حكما، فعن العلامه فى محكى القواعد التصريح بكون التكاذب غير التعارض، و الجزم بكون الحكم فيه هو التساقط مطلقا بخلاف التعارض، و عن الشيخ اجراء حكم التعارض عليه ان كان من قبيل الصوره الثانيه. و الأول أولى.

صور تعارض البينات.

اشاره

و حيث يتحقق التعارض بين البينتين على وجه يقتضى صدق كل منهما تكذيب الأخرى ففى المسأله صور:

أحدها: أن تكون العين فى يد المتنازعين كليهما، و قد ذكر المحقق قدس سره حكم هذه الصوره و دليله بقوله:

الصوره الأولى: كون العين بيد المتداعيين:

«يقضى بينهما نصفين، لان يد كل واحد على النصف، و قد أقام الآخر بينه

فیقضی له بما فی ید غریمه» .

فالحکم فی هذه الصوره هو جعل العین بینهما نصفین (نظیر صوره النزاع حول العین مع عدم البینه و الید لأحدهما علیها) بلا اشکال کما فی المسالک، و فی الجواهر بلا خلاف أجده بین من تأخر عن القدیمین الحسن و أبی علی.

اذن لا اختلاف فی الحکم بالتنصیف، و لکن اختلف فی وجه هذا الحکم و سببه فقیل: لتساقط البینتین بسبب التساوی، فیبقی الحکم کما لو لم تکن بینه، و قیل: لان مع کل منهما مرجحا بالید علی نصفهما فقدمت بینته علی ما فی یده، و قیل کما فی المتن: لأن ید کل واحد علی النصف. و قد أقام الآخر بینه علیه، فیقضی له بما فی ید غریمه، قال فی المسالک بناء علی تقدیم بینه الخارج علی الداخل قال: و هذا هو الأشهر.

فالوجوه المذکوره فی سبب الحکم فی المسئله ثلاثه، و تظهر فائده هذا الخلاف فی الیمین علی من قضی له، فعلی القول بالتساقط یلزم لکل من المتنازعین یمین، و هذا هو مذهب المشهور فی المسأله السابقه خلافا للمحقق، فان حلفا فالتنصیف و إلا قضی بها للحالف دون الناکل، و ان نکلا جمیعا فالحکم هو التنصیف أیضا، و علی القولین الأخیرین-تقدیم بینه الداخل، و تقدیم بینه الخارج- لا یمین، لترجیح کل من البینتین بالید علی القول الأول منهما فیعمل بالراجح، و لأن البینه ناهضه بإثبات الحق علی القول الثانی منهما فلا یمین معها.

قال فی الجواهر: لکن فی التحریر بعد أن ذکر تعلیل المصنف بما سمعت مصرحا بکونه من تقدیم بینه الخارج قال: و هل یحلف کل واحد علی النصف المحکوم له به أو یکون له من غیر یمین؟ الأقوی عندی الأول مع احتمال الثانی.

و فی التنقیح بعد أن ذکر التنصیف و جعل منشأه دائرا بین الأخیرین، و انه علی أولهما یقضی لکل منهما بما فی یده، و علی ثانیهما یقضی له بما فی ید غریمه قال: یکون لکل منهما الیمین علی صاحبه، فان حلفا أو نکلا فالحکم کما تقدم،

و ان حلف أحدهما و نكل الأخر قضى بها للحالف.

و عن مهذب أبى العباس التصريح باليمين بناء على كون المنشأ دخولهما.

أقول: هذه عباره التنقيح فى هذه المسأله: «هذا هو القسم الثانى و هو أن يكون فى يدهما، فان قلنا يقضى للداخل قضى لكل بما فى يده، و ان قلنا يقضى للخارج قضى لكل بما فى يد الأخر، فيكون بينهما نصفين على التقديرين، سواء أقاما بينه أو لم يقيما و يكون لكل منهما اليمين على صاحبه، فان حلفا أو نكلا فالحكم كما تقدم و ان حلف أحدهما و نكل الأخر قضى بها للحالف» هذا نص عبارته، و من المحتمل أن يكون قوله «و يكون لكل منهما اليمين على صاحبه» مرتبطا بقوله «أو لم يقيما» و قد يقويه قوله قبل ذلك «قضى» فى كلتا حالتى تقديم بينه الداخل و تقديم بيّنه الخارج. فيكون الحاصل انه قد ذكر ثلاثه وجوه، فالأول القضاء له بما فى يده بناء على تقديم بينه الداخل، و الثانى القضاء له بما فى يد غريمه بناء على تقديم بينه الخارج، و الثالث التحالف فيما إذا لم يقيما بينه.

ثم ان صاحب الجواهر وجه كلام أبى العباس ابن فهد الحلى الذى نقله عن المهذب البارع بقوله: «و لعل ذلك منه خلافا فى أصل المسأله، و هو أن تقديم بينه الداخل بمعنى إسقاط بينه الخارج لا انها حجه، فيرجع الحاصل-كما لو لم تكن بينه على المنكر منهما اليمين، و هو الذى قواه فى المختلف بعد أن حكى القولين فى ذلك، بل هو قوى فى نفسه لاشتمال دليل تقديم بينه الداخل على اليمين كما ستعرف» .

و وجّه كلام العلامه فى التحرير و المقداد فى التنقيح بقوله: كما أن القول باليمين مع القول بكون المنشأ تقديم بينه الخارج لعله لخبر إسحاق بن عمار عن أبى عبد اللّه عليه السّلام «ان رجلين اختصما الى أمير المؤمنين عليه السّلام فى دابه فى أيديهما و أقام كل واحد منهما البينه أنها نتجت عنده، فأحلفهما على عليه السّلام، فحلف أحدهما و أبى الأخر أن يحلف فقضى بها للحالف، فقيل له: فلو لم تكن فى يد واحد منهما

و أقاما البينه، فقال: أحلفهما فأيهما حلف و نكل الأخر جعلتها للحالف، فان حلفا جميعا جعلتها بينهما نصفين. قيل: فان كانت فى يد أحدهما و أقاما جميعا البينه.

قال: اقضى بها للحالف الذى هو فى يده» (۱).

قال: بل ربما كان هو دليل التحالف على القول الأول و ان لم نقل به فى غيره.

الا انه خبر واحد و فى سنده ما فيه، و المشهور نقلا و تحصيلا على خلافه فلا يصلح مقيدا لما دل مما تسمعه من النصوص و غيره على التنصيف بدونه.» .

أقول: قال المجلسى قدّس سره فى مرآه العقول فى روايه إسحاق المذكوره:

«حسن أو موثق» . على أنك قد عرفت عمل المشهور بها فى المسأله السابقه و ذلک يجبر ضعفها ان كان، و حينئذ تصلح هذه الروايه لتقييد أدله البينه على المدعى و اليمين على من ادعى عليه فلا مانع من القول بالتحالف فى هذه الصوره جمعا بين الأدله.

و بعباره أخرى: ان يد كل واحد هى فى الحقيقه عند أهل العرف على نصف العين، فكل منهما يقيم البينه لأنه يدعى النصف الأخر الذى بيد غريمه و يحلف على إنكار كون هذا النصف الذى بيده لغريمه، و دليل هذا التحالف هو روايه إسحاق المزبوره و قد عرفت اعتبارها.

و لا يعارضها ما عن أبى جعفر عليه السّلام قال: «بعث رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله عليا الى اليمن، فقال له حين قدم: حدثنى بأعجب ما ورد عليک فقال يا رسول اللّه أتانى قوم قد تبايعوا جاريه فوطأها جميعهم فى طهر واحد فولدت غلاما فاحتجوا فيه كلهم يدعيه، فأسهمت بينهم فجعلته للذى خرج سهمه و ضمنته نصيبهم. فقال رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله ليس من قوم تنازعوا ثم فوضوا أمرهم الى اللّه إلا خرج سهم المحق» (۲)لأنها فى غير ما نحن فيه، لان ذا اليد فيها واحد منهم و هو آخرهم، و لان الولد حر فليس مالا و كلامنا فى دعوى الأملاک.

۱- ۱) وسائل الشيعه ۱۸-۱۸۲ الباب ۱۲ من أبواب كيفيه الحكم.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۱۸-۱۸۸، الباب ۱۳ من أبواب كيفيه الحكم.

و مثلهـا روايه تميم بن طرفه: «ان رجلين ادعيـا بعيرا فأقـام كل واحـد منهما بينه فجعله أمير المؤمنين عليه السّـلام بينهما» (۱)إذ لا ظهور فيها لكون يدهما عليه، بل جائت فی نسخه «عرّفا بعيرا» و حينئذ تكون ظاهره فی غير المقام.

فالحاصل: انه لا مانع من الحكم بمفاد روايه إسحاق بن عمار، و قد أفتی جماعه بذلک و ان لم يستند إليها بعضهم صريحا، و صاحب الجواهر لم يناقش فی دلالتها و انما ضعفها سندا و قد عرفت جوابه.

و قيل: انه لما كـان يـدعی كـل واحـد منهما كل العين فان يـده لا تكون علی النصف بل علی الكل فتتعارضان، و إذا تعارضتا تساقطتا، فيكون الحكم فی المقام حكم صوره عدم تحقق يد من أحدهما علی العين و هو التنصيف كما تقدم.

لكن المشهور هو التنصيف بعد التحالف.

ثم ان صاحب الجواهر قدس سره بعد أن خدش فی روايه إسحاق بما سمعت استوجه أن يكون سبب حكم المحقق قدس سره بالتنصيف كون هذا الحكم هو مقتضی العدل و انه ميزان من موازين القضاء من غير حاجه الی تحالف، لا أنه مبنی علی تقديم بينه الخارج علی بينه الداخل، لان يد كل منهما علی الكل لا النصف، و لان المشهود به كون الجميع له لا نصفه، ثم استدل علی ذلک بخبر الـدرهمين (۱)و بقاعـده توارد السـببين الممكن إعمالهمـا معا علی مسبب واحـد نحو المتسابقين علی حيازه مباح، و بإطلاق قوله عليه السّلام: «لو لم تكن فی يده جعلتها بينهما نصفين (۲)و بإطلاق

۱- ۱) وسائل الشيعه ۱۸-۱۸۳

۲- ۲) وسائل الشيعه ۱۳-۱۸۲

النبوی: «ان رجلین تنازعا دابه لیس لأحدهما بینه فجعلها النبی صلّی اللّه علیه و آله بینهما» (۱).

و بالمرسل عن أمیر المؤمنین علیه السّلام: «فی البینتین تختلفان فی الشیء الواحد یدعیه الرجلان انه یقرع بینهما فیه إذا عدلت بینه کل واحد منهما و لیس فی أیدیهما فأما ان کان فی أیدیهما فهو فیما بینهما نصفان، و ان کان فی ید أحدهما فالبینه فیه علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه» (۱).

هذا و عن ابن أبی عقیل اعتبار القرعه التی هی لکل أمر مشکل فی خصوص ما نحن فیه، لان التنصیف تکذیب للبینتین. و أشکل علیه فی الجواهر بقوله: کأنه اجتهاد فی مقابله النص. و فیه انه لیس اجتهادا فی مقابله النص، بل لعله یخدش فی ظواهر هذه النصوص.

قلت لکن مقتضی النصوص توجه الیمین علی من خرج اسمه لا أنه یقضی لمن خرج اسمه، فان حلف قضی له و الا احلف الأخر و قضی له بحلفه.

و عن ابن الجنید: التحالف مع تساوی البینتین، فان حلف أحدهما استحق الجمیع، و ان حلفا اقتسماها، و مع اختلاف البینتین یقرع، فمن أخرجته القرعه حلف و أخذ العین. قال فی الجواهر: لا دلیل علیه بل ظاهر الأدله السابقه خلافه.

ثم نقل فی الجواهر عن الریاض أنه بعد أن نسب المختار-الذی هو التنصیف تساوت البینتان عددا و عداله و إطلاقا و تقییدا أو اختلفت-إلی الأشهر بل عامه من تأخر إلا نادرا. قال: «خلافا للمهذب و به قال جماعه من القدماء، فخصّوا ذلک بما إذ تساویا فی الأمور المتقدمه کلها و حکموا مع الاختلاف فیها لارجحها، و اختلفوا فی بیان المرجح لها، فعن المفید اعتبار الأعدلیه خاصه هنا و ان اعتبر الأکثریه فی غیرها، و عن الإسکافی اعتبار الأکثریه خاصه، و فی المهذب اعتبارهما

۱- ۱) سنن البیهقی ۱۰-۲۵۵

مرتبا بينهما الأعدليه فالاكثريه، و عن ابن حمزه فى اعتباره التقييد أيضا مرددا بين الثلاثه غير مرتب بينها، و عن الديلمى اعتبار المرجح مطلقا غير مبين له أصلا» قال فى الجواهر: و لم اعرف نقل هذه الأقوال على الوجه المزبور فيما نحن فيه لغيره. و على كل حال لا اعرف دليلا يعتد به على شيء منها على وجه يصلح لمعارضه ما عرفت.

هذا كله فى الصوره الأولى.

الصوره الثانيه: كون العين بيد أحدهما فهل يقدم الداخل و الخارج؟

و الصوره الثانيه: أن تكون العين فى يد أحد المتنازعين، قال المحقق قدس سره: «يقضى بها للخارج دون المتشبث ان شهدتا لهما بالملك المطلق» .

أقول: نسبه فى الجواهر الى المشهور بين الأصحاب شهره عظيمه قال:

بل عن الخلاف و الغنيه و السرائر و ظاهر المبسوط الإجماع عليه، بل عن الخلاف و الأخير نسبته الى أخبار الفرقه.

قلت: و الصريح منها فى الدلاله المرسله عن أمير المؤمنين عليه السّلام: «فى البينتين تختلفان فى الشيء الواحد يدعيه الرجلان أنه يقرع بينهما فيه إذا عدلت بينه كل واحد منهما و ليس فى أيديهما، فأما ان كان فى أيديهما فهو فيما بينهما نصفان، و ان كان فى يد أحدهما فالبينه فيه على المدعى و اليمين على المدعى عليه» (۱)و ضعفها منجبر بما عرفت.

و قد استدل له بالتعليل الوارد فى خبر منصور قال: «قلت لأبى عبد اللّه عليه السّلام:

رجل فى يده شاه، فجاء رجل فادعاها فأقام البينه العدول أنها ولدت عنده و لم يهب و لم يبع، و جاء الذى فى يده بالبينه مثلهم عدول أنها ولدت عنده لم يبع و لم يهب.

فقال أبو عبد اللّه عليه السّلام: حقها للمدعى و لا أقبل من الذى فى يده بينه، لان اللّه عز و جل إنما أمر أن تطلب البينه من المدعى، فان كانت له بينه و الا فيمين الذى هو فى

۱- ۱) مستدرك الوسائل الباب ۱۰ من أبواب كيفيه الحكم.

یده. هکذا أمر اللّه عز و جل» (۱)، دلّ علی أن البینه المسموعه هی بینه المدعی و أن علیها أن یترتب الأثر حتی فی صوره وجود البینه للمدعی علیه.

أقول: و هذا الخبر یوضح المراد بالخبر المستفیض و هو قولهم علیهم السّلام «البینه علی المدعی و الیمین علی من ادعی علیه» فیکون ظاهرا فی عدم قبول بینه المنکر و أن المیزان فی مقام المرافعه سماع بینه المدعی فان کانت له بینه و الا فیمین المدعی علیه، فهکذا أمر اللّه عز و جل.

و اختار السید فی العروه القول بسماع البینه من المنکر فی صوره التعارض بل مطلقا و لو مع عدمه، قال: ان الأقوی سماع البینه من المنکر فی صوره التعارض بل مطلقا و لو مع عدمه، فیجوز للمنکر مع عدم البینه للمدعی أن یقیم البینه فرارا من الیمین، و ان ادعی صاحب الریاض الإجماع علی عدم قبولها منه.

قال: و یدل علی ما ذکرنا بعد منع الإجماع مضافا الی عموم ما دل علی حجیه البینه و الی عموم مثل قوله صلّی اللّه علیه و آله إنما أقضی بینکم بالبینات و الایمان خصوص اخبار المقام.» .

قلت: ان تمسکه بهذه العمومات لسماع البینه من المنکر فی غایه الإشکال کجوابه عن الاستدلال بالخبر المشهور «البینه علی المدعی و الیمین علی من أنکر» للقول الأول بأن المراد منه بیان الوظیفه الأولیه للمدعی و المنکر، و إلا فلا مانع من سماع البینه للمنکر أیضا-قال: «و أیضا یمکن أن یقال: القدر المعلوم من الخبر انه لا یلزم المنکر بالبینه و انما یلزم بالیمین لا انه لا تقبل منه البینه» فإنه- و ان سبقه الی ذلک صاحب الجواهر حیث تنظر فی دلالته علی القول الأول مع قطع النظر عن خبر منصور قائلا: «ضروره عدم دلالته علی أزید من استحقاق المدعی علی المنکر الیمین دون البینه بخلاف المنکر فان له علی المدعی البینه.»

---

۱ – ۱) وسائل الشیعه ۱۸-۱۸۶ الباب ۱۲ من أبواب کیفیه الحکم. و فیه «محمد ابن حفص» و لم أجد توثیقا له. انظر: تنقیح المقال ۳-۱۰۸.

-خلاف ظاهر الخبر لا سیما مع النظر الی خبر منصور، و لانّ التفصیل قاطع للشرکه فلا تکون البینه حجه من کلیهما و لا الیمین، و لکن الاولی هو النظر فی نصوص هذه الاخبار، فلا بأس بنقل بعضها:

۱-عن سلیمان بن خالد عن أبی عبد اللّه علیه السّلام قال: «فی کتاب علی علیه السّلام أن نبیا من الأنبیاء شکا الی ربه فقال: یا رب کیف أقضی فیما لم أر و لم أشهد؟ قال: فأوحی اللّه إلیه: احکم بینهم بکتابی و أضفهم إلی اسمی فحلفهم (تحلفهم) به و قال: هذا لمن لم تقم له بینه» (۱).

۲-عن أبان بن عثمان عمن أخبره عن أبی عبد اللّه علیه السّلام قال: «فی کتاب علی علیه السّلام أنّ نبیا من الأنبیاء.» (۲).

۳-عن محمد بن قیس عن أبی جعفر علیه السّلام: «أن نبیا من الأنبیاء شکا الی ربه.» (۳).

۴-عن ضمره بن أبی ضمره عن أبیه عن جده قال قال أمیر المؤمنین علیه السّلام أحکام المسلمین علی ثلاثه: شهاده عادله، أو یمین قاطعه، أو سنه ماضیه من أئمه الهدی» (۴).

۵-عن هشام بن الحکم عن أبی عبد اللّه علیه السّلام قال: «قال رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله و سلم: إنما أقضی بینکم بالبینات و الایمان، و بعضکم ألحن بحجیته من بعض.» (۵).

۶-عن جمیل و هشام عن أبی عبد اللّه علیه السّلام قال: «قال رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله:

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۸-۱۶۷ الباب ۱ من أبواب کیفیه الحکم.
۲- ۲) وسائل الشیعه ۱۸-۱۶۷ الباب ۱ من أبواب کیفیه الحکم.
۳- ۳) وسائل الشیعه ۱۸-۱۶۸.
۴- ۴) وسائل الشیعه ۱۸-۱۶۸.
۵- ۵) وسائل الشیعه ۱۸-۱۶۹.

البینه علی من ادعی و الیمین علی من ادعی علیه» (۱).

۷-عن برید بن معاویه عن أبی عبد اللّه علیه السّلام قال: «سألته عن القسامه.

فقال: الحقوق کلها البینه علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه الاّ فی الدّم خاصه. الحدیث» (۲).

۸-عن أبی بصیر عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: «ان اللّه حکم فی دمائکم بغیر ما حکم به فی أموالکم. حکم فی أموالکم ان البینه علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه، و حکم فی دمائکم ان البینه علی من ادعی علیه و الیمین علی من ادعی، لئلا یبطل دم امرئ مسلم» (۳).

أقول: و الانصاف ظهور الأخبار الأربعه الثانیه فی ان میزان القضاء فی مقام المرافعه کون البینه علی المدعی و کون الیمین علی من أنکر و انه لم تجعل البینه علی المدعی علیه فی الشرع فی مورد إلا لحکمه مخصوصه بذلک المورد (۱).

و استدل صاحب الجواهر لسماع بینه المدعی علیه بعموم ما دل علی حجیه

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۸-۱۷۰

۲- ۲) وسائل الشیعه ۱۸-۱۷۰.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۱۷-۱۷۱.

شهاده العدلين كتابه و سنه.

قلت: و أيضا يمكن الاستدلال له بالسيره فإنها قائمه على قبول خبر العدل الواحد فضلا عن العدلين لكن ردع الشارع عن قبول خبر العدل الواحد فى الموضوعات.

لكن المرسله المنجبره و خبر منصور يخصصان العام و يصلحان للردع فى هذا المقام.

و استدل السيد فى العروه باخبار خاصه و بخبر فدك حيث قال: «و اشعار خبر فدك. فإن أمير المؤمنين عليه السّلام أنكر على أبى بكر فى طلبه البينه منه فى الدعوى عليه مع أنه لا يطلب من غيره إذا ادعى هو على ذلك الغير، فحاصل إنكاره عليه السّلام انه لم فرّق بينه عليه السّلام و بين الناس فى طلب البينه، و لو كان لا يقبل من المدعى عليه البينه لكان أولى بالإنكار عليه فى مقام المجادله» .

قلت: أما بعض الاخبار الخاصه التى أشار إليها فيكفى فى وهنها اعراض المشهور عنها، و أما دعواه اشعار خبر فدك بما ذهب اليه ففيها ان التمسك به لعدم حجيه بينه المدعى عليه أولى لأن دلالته على ذلك أوضح مما قاله: فقد ورد فى ذلك الخبر: «ان أمير المؤمنين عليه السّلام قال لأبى بكر: أ تحكم فينا بخلاف حكم اللّه فى المسلمين؟ قال: لا. قال فان كان فى يد المسلمين شىء يملكونه ادعيت أنا فيه من تسأل البينه؟ قال: إياك كنت أسأل البينه على ما تدعيه على المسلمين. قال:

إذا كان فى يدى شىء فادعى به المسلمون تسألنى البينه على ما فى يدى و قد ملكت فى حياه رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و بعده و لم تسأل المؤمنين البينه على ما ادعوا علىّ كما سألتنى البينه على ما ادعيت عليهم. و قد قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله: البينه على من ادعى و اليمين على من أنكر» و هو ظاهر بل صريح فى انه لا يطلب البينه من ذى اليد و لا يحكم على طبقها إذا أقامها.

على أنه لم يعهد أن يسأل الحاكم-بعد إقامه المدعى بينته-المدعى عليه

هل عنده بینه علی الإنکار أولا. و أیضا فقد تقدم فی المباحث السابقه الخبر (۱)الدال علی أن رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله کان یرسل من یسأل عن حال الشاهدین إذا لم یعرفهما و یوقف الحکم فی القضیه حتی یرجع رسوله فإذا رجع و ظهر عداله الشاهدین حکم.

و لم یتضمن هذا الخبر سؤاله صلّی اللّه علیه و آله من المدعی علیه فی هذه الأثناء أو بعد رجوع الرسول عن وجود البینه عنده علی جرح الشاهدین أو إنکار دعوی المدعی.

و من هنا کان القضاء للمدعی بعد إقامه البینه الجامعه للشرائط امرأ مسلما بین المسلمین.

و کیف کان فقد قال المحقق فی هذا القسم: «و فیه قول آخر ذکره فی الخلاف بعید» .

و هذا القول هو تقدیم بینه الداخل علی بیّنه الخارج. قال المحقق و هو بعید و فی الجواهر: بل لم نتحققه قولا له.

و فی المسأله أقوال أخری: فقد فصّل بعضهم فقال بعدم حجیه بینه المنکر مع القول بصلاحیتها للمعارضه مع بینه المدعی. و بعباره أخری المستفاد من أدله القضاء هو عدم القضاء ببینه المدعی علیه و لکن لا تدل علی عدم صلاحیتها للمعارضه مع بینه المدعی و إسقاطها عن الحجیه، فإذا سقطتا یقضی بالعین للحالف.

أقول: و حاصل هذا القول عدم القضاء ببینه المدعی مع وجود بینه المدعی علیه أو احتمال وجودها، لکن یرده أنه إذا کان کذلک فلما ذا کان دیدن المسلمین علی خلاف ذلک و هو القضاء للمدعی بمجرد إقامه البینه من غیر سؤال من المدعی علیه عن وجود البینه عنده و عدم وجودها، کما هو شأن الفقیه فی مقام الإفتاء حیث یفتی علی طبق الخبر بعد الفصح و الیأس عما یعارضه.

و أما القول بتقدیم البینه المشتمله علی ذکر السبب منهما فلا دلیل علیه فی الاخبار، کالقول بالتقدیم بالأعدلیه، و أما تقدیم الأکثر عددا منهما فقد یدل بعض الاخبار علیه.

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۸-۱۷۴ عن التفسیر المنسوب الی الامام العسکری علیه السلام.

لکن المختار هو القول الأول و هو الأخذ ببینه الخارج تبعا للمشهور و اللّه العالم هذا کله لو شهدتا بالملک المطلق.

صور الشهاده المشتمله علی السبب

و اما لو اشتملت الشهاده علی ذکر السبب فهنا ثلاث صور.

فالأولی: شهادتهما معا بالسبب، قال المحقق قدس سره:

«و لو شهدتا بالسبب قیل: یقضی لصاحب الید لقضاء علی علیه السّلام و قیل: یقضی للخارج لانه لا بیّنه علی ذی الید کما لا یمین علی المدعی، عملا بقوله صلّی اللّه علیه و آله: و الیمین علی من أنکر، و التفصیل قاطع للشرکه و هو أولی» .

۱-شهادتهما معا بالسبب:

أقول: ففی هذه الصوره قولان، نسب أولهما إلی الشیخ و الثانی إلی المشهور، و قد أشار المحقق قدس سره الی دلیل کل منهما.

فدلیل القول الأول:

ما رواه إسحاق بن عمار عن أبی عبد اللّه علیه السلام «ان رجلین اختصما الی أمیر المؤمنین علیه السّلام فی دابه فی أیدیهما و أقام کل واحد منهما البینه أنها نتجت عنده، فأحلفهما علی علیه السّلام، فحلف أحدهما و أبی الأخر أن یحلف، فقضی بها للحالف، فقیل: فلو لم یکن فی ید واحد منهما و أقاما البینه قال: أحلفهما فأیهما حلف و نکل الأخر جعلتها للحالف، فان حلفا جمیعا جعلتها بینهما نصفین، قیل:

فان کانت فی ید أحدهما و أقاما جمیعا بینه. قال أقضی بها للحالف الذی هی فی یده» (۱).

و محل الاستدلال: «فان کانت فی ید أحدهما و أقاما جمیعا بینه.» و هل معنی ذلک أن بینه ذی الید مقدمه علی بینه الخارج أو انه حینئذ یکون فی الحقیقه من تکاذب البینتین فیتساقطان و یقضی لصاحب الید بعد حلفه لانه مدعی

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۸-۱۸۲

علیه و لا یمین علی المدعی؟ وجهان مبنیان علی شمول أدله حجیه البینه لصوره التکاذب و عدمه.

و الأظهر هو الوجه الثانی من جهه إیجاب الإمام علیه السّلام الحلف أیضا، فإنه لو کانت بینه ذی الید حجه متقدمه علی بینه المدعی فلا حاجه الی الحلف، فلزوم الحلف کاشف عن عدم حجیه بینه المدعی علیه أو حجیتها بمقدار صلاحیتها للمعارضه مع بینه المدعی فیتساقطان، فإذا تساقطتا کانت مثل صوره عدم البینه، و علی ذی الید الیمین فإذا حلف قضی له.

و هذا کله بناء علی اعتبار الخبر کما تقدم.

و مثله ما رواه غیاث بن إبراهیم عن أبی عبد اللّه علیه السّلام قال: «ان أمیر المؤمنین علیه السّلام اختصم الیه رجلان فی دابه کلاهما أقاما البینه أنه أنتجها، فقضی بها للذی هی فی یده، و قال: لو لم تکن فی یده جعلتها بینهما نصفین» (۱)و هذا أیضا ظاهر فی التساقط کسابقه.

و دلیل القول الثانی: ما رواه منصور عن أبی عبد اللّه علیه السّلام قال: «قلت له: رجل فی یده شاه، فجاء رجل فادعاها و أقام البینه العدول انها ولدت عنده لم یبع و لم یهب، و جاء الذی فی یده بالبینه مثلهم عدول انها ولدت عنده لم یبع و لم یهب، قال أبو عبد اللّه علیه السّلام: حقها للمدعی و لا أقبل من الذی هی فی یده بینه، لان اللّه عز و جل أمر أن تطلب البینه من المدعی، فان کانت له بینه و الا فیمین الذی هو فی یده، هکذا أمر اللّه عز و جل» (۲).

و هذا الخبر یعارض خبر إسحاق بناء علی الوجه الأول و بقطع النظر عن السند فی کلیهما، و حینئذ یرجع الی العام کما هو القاعده فی کل مورد تعارض فیه دلیلان خاصان، و العام هنا هو قوله صلّی اللّه علیه و آله «البینه علی المدعی و الیمین علی من

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۸-۱۸۲

۲- ۲) وسائل الشیعه ۱۸-۱۸۲

أنکر» فإنه یدل علی انه لا تسمع بینه ذی الید، لاشتماله علی التفصیل القاطع للشرکه و هو یعم صوره ذکر السبب و عدمه مطلقا.

فاذن یحکم فی هذه الصوره بتقدیم بینه الخارج، و من هنا قال المحقق قده:

«و هو اولی» و هو المختار.

۲-ان تشهد للخارج بالسبب و للداخل بالملک المطلق:

الصوره الثانیه: أن تشهد للخارج بالسبب و للداخل بالملک المطلق، و هذه الصوره لم یذکرها المحقق قدس سره اعتمادا علی ظهور حکمها بالأولویه القطعیه بناء علی ما ذهب إلیه فی الصوره الأولی، لأنه إذا دلت الأدله علی تقدیم بینه الخارج فی صوره شهاده کلتا البینتین بالسبب فإنها تدل علی تقدیمها فی صوره عدم شهاده بینه الداخل بالسبب بالأولویه القطعیه، کما هو واضح.

قال فی الجواهر: «و علی کل حال فما عن المجلسی من حمله النصوص المزبوره علی التقیه لشهرته بین العامه فتوی و روایه، یدفعه ما سمعت من موافقه خبر بینه الخارج لأحمد بن حنبل أیضا، بل ملاحظه کلام العامه یقضی باضطراب أقوالهم فی ذلک علی وجه لا تقیه فی إظهار الحق فیما بینها، خصوصا مع نسبته الی علی علیه السّلام.

علی أن المحکی عن الشیخ نسبته الی مذهبنا و أنه الذی تدل علیه أخبارنا، فکیف یحمل مثله علی التقیه» .

۳-ان تشهد للداخل بالسبب و للخارج بالملک المطلق:

و الصوره الثالثه: ان تشهد لذی الید بالسبب و للخارج بالملک المطلق قال المحقق قدس سره: «اما لو شهدت للمتشبث بالسبب و للخارج بالملک المطلق فإنه یقضی لصاحب الید، سواء کان السبب مما لا یتکرر کالنتاج و نساجه الثوب الکتان أو یتکرر کالبیع و الصیاغه. و قیل: بل یقضی للخارج و ان شهدت بیّنته بالملک

المطلق عملا بالخبر و الأول أشبه» .

أقول: ذكر فی هذه الصوره قولین، أحدهما: تقدیم بینه الداخل و الیه ذهب الأكثر و هو الأشبه عند المحقق، و الثانی: تقدیم بینه الخارج، و الیه ذهب جماعه.

و قد استدل للقول الأول بخبر عبد اللّه بن سنان قال: «سمعت أبا عبد اللّه علیه السّلام یقول: ان رجلین اختصما فی دابه الی علی علیه السّلام فزعم كل واحد منهما أنها نتجت عنده علی مذوده، و أقام كل واحد منهما البینه سواء فی العدد، فأقرع بینهما سهمین، فعلّم السهمین كل واحد منهما بعلامه.

فخرج اسم أحدهما فقضی له بها.

و كان أیضا إذا اختصم الیه الخصمان فی جاریه فزعم أحدهما أنه اشتراها و زعم الأخر أنه أنتجها، فكانا إذا أقاما البینه جمیعا قضی بها للذی أنتجت عنده» (۱).

قلت: لكن لیس فی الخبر-لا فی السؤال و لا فی الجواب-تعرض الی الید، و أنه بید من كانت الجاریه، الا ان یقال بأنه علیه السّلام قضی للذی أنتجت عنده من جهه كونه ذائد، و الا لقضی لمن ادعی اشترائها، فإن ذلك مقتضی التوفیق بین الشهادتین كما تقدم، و لكنه مع ذلك لا یخلو من الإجمال، الا ان المشهور أفتوا علی طبقه و لعلهم فهموا منه ما لم یتضح لنا.

و اما دلیل القول الثانی فقد أشار إلیه المحقق بقوله «عملا بالخبر» و هو «البینه علی من ادعی و الیمین علی من أنكر» ای انه لا اعتبار لبینه المدعی علیه أصلا.

و استدل للأول أیضا بعمومات حجیه الشهاده، فتكون كلتا البینتین حجه،

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۸-۱۸۶

لکن تقدم بینه الداخل اما من جهه اعتضادها بالید و اما من جهه تأیدها بخبر ابن سنان المزبور.

لکن القول الثانی یقول بتخصیص عمومات «البینه علی من ادعی و الیمین علی من أنکر» لعمومات حجیه شهاده العدلین، أی أنه فی مورد المرافعه لا- تسمع بینه المنکر.

فإذا کان مقتضی «البینه علی من ادعی.» عدم سماع بینه المدعی علیه کما تقدم، فإنه لا معنی لتقدم بینه المنکر من جهه تأیدها بما ذکر، فلو أردنا أن نقول بالقول الأول فاما یکون من جهه التعبد بخبر ابن سنان. و قد عرفت ما فیه، و اما من جهه التساقط ثم القضاء لذی الید. لکن یتوجه علی المحقق حینئذ انه إذا کان هذا هو المبنی فلما ذا قال فی غیر هذه الصوره بتقدم بینه الخارج؟ (۱)

الصوره الثالثه: کون العین بید ثالث و فیها الرجوع الی المرجحات

الصوره الثالثه: من صور تعارض البینتین أن تکون العین فی ید ثالث قال المحقق قده: «و لو کانت فی ید ثالث قضی بأرجح البینتین عداله، فإن تساویا قضی لأکثرهما شهودا، و مع التساوی عددا و عداله یقرع بینهما، فمن خرج اسمه احلف و قضی له، و لو امتنع أحلف الأخر و قضی له، و ان نکلا قضی به بینهما بالسویه» .

أقول: نسب هذا القول إلی الأشهر بل المشهور بل ادعی الإجماع علیه، و لکن بالتتبع لکلماتهم یظهر عدم إمکان الوثوق بما ذکر، فقد قال بعضهم: بالقرعه،

و قیل بالترجیح بأحد الأمرین، و قیل بکلیهما، فمنهم قال بالترتیب و منهم من قال بدونه. فنقول:

اما أدله «البینه علی من ادعی و الیمین علی من أنکر» فلا یمکن الرجوع إلیها فی هذه الصوره، لأن کلیهما ذو بینه و لیس لأحدهما ید علی العین، نعم اثر البینتین نفی الثالث، لان العین هی فی الواقع لأحدهما لکنه مجهول، و لذا قیل هنا بالقرعه لأنها لکل أمر مشکل عملا ببعض الاخبار، لکن أخبار القرعه هنا تشتمل علی الیمین أیضا. و کیف کان فالأولی ذکر نصوص المسأله مع التأمل فی مدالیلها:

(۱) عن أبی بصیر قال: «سألت أبا عبد اللّه علیه السّلام عن الرجل.

و ذکر أن علیا علیه السّلام أتاه قوم یختصمون فی بغله فقامت البینه لهؤلاء أنهم أنتجوها علی مذودهم و لم یبیعوا و لم یهبوا «و قامت البینه لهؤلاء بمثل ذلک» فقضی علیه السّلام بها لأکثرهم بینه و استحلفهم.» (۱)(۲) عن داود بن سرحان «عن ابی عبد اللّه علیه السّلام: فی شاهدین شهدا علی أمر واحد و جاء آخران فشهدا علی غیر الذی شهدا علیه «شهد الأولان» و اختلفوا.

قال: یقرع بینهم فأیهم قرع فعلیه الیمین و هو أولی بالقضاء» (۲).

(۳) عن الحلبی قال: «سئل أبو عبد اللّه علیه السّلام عن رجلین شهدا علی أمر، و جاء آخران فشهدا علی غیر ذلک فاختلفوا. قال: یقرع بینهم فأیهم قرع فعلیه الیمین و هو أولی بالحق» (۳).

(۴) عن سماعه قال: «ان رجلین اختصما الی علی علیه السّلام فی دابه فزعم کل واحد منهما انها نتجت علی مذوده، و اقام کل واحد منهما بینه سواء فی العدد، فأقرع

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۸-۱۸۱

۲- ۲) وسائل الشیعه ۱۸-۱۸۳

۳- ۳) وسائل الشیعه ۱۸-۱۸۵

بینها سهمین فعلم السهمین کل واحد منهما بعلامه ثم قال: اللهم رب السماوات السبع و رب الأرضین السبع و رب العرش العظیم عالم الغیب و الشهاده الرحمن الرحیم. أیهما کان صاحب الدابه و هو أولی بها، فأسألک أن یقرع و یخرج سهمه. فخرج سهم أحدهما فقضی له بها» (۱).

(۵) عن غیاث بن إبراهیم عن أبی عبد اللّه علیه السّلام: «ان أمیر المؤمنین علیه السّلام اختصم الیه رجلان فی دابه و کلاهما أقاما البینه أنه أنتجها فقضی بها للذی فی یده و قال: لو لم تکن فی یده جعلتها بینهما نصفین» (۲).

(۶) عن إسحاق بن عمار عن أبی عبد اللّه علیه السّلام: «ان رجلین اختصما الی أمیر المؤمنین علیه السّلام فی دابه فی أیدیهما و أقام کل واحد منهما البینه أنها نتجت عنده، فأحلفهما علیه السلام فحلف أحدهما و أبی الأخر أن یحلف، فقضی بها للحالف.

فقیل له: فلو لم تکن فی ید واحد منهما و أقاما البینه؟ فقال: أحلفهما فأیهما حلف و نکل الأخر جعلتها للحالف، فان حلفا جمیعا جعلتها بینهما نصفین.

قیل: فان کانت فی ید أحدهما و أقاما جمیعا البینه؟ قال: أقضی بها للحالف الذی هی فی یده» (۳).

(۷) عن داود بن أبی یزید العطار عن بعض رجاله عن أبی عبد اللّه علیه السّلام «فی رجل کانت له امرأه، فجاء رجل بشهود أن هذه المرأه امرأه فلان و جاء آخران فشهدا انها امرأه فلان، فاعتدل الشهود و عدّلوا. فقال یقرع بینهم فمن خرج سهمه فهو المحقق و هو اولی بها» (۴).

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۶-۱۸۵

۲- ۲) وسائل الشیعه ۱۸-۱۸۲

۳- ۳) وسائل الشیعه ۱۸-۱۸۲

۴- ۴) وسائل الشیعه ۱۸-۱۷۴

(۸) عن عبد الرحمن بن ابی عبد اللّه عن ابی عبد اللّه علیه السّلام قال: «کان علی علیه السّلام إذا أتاه رجلان «یختصمان» بشهود عدلهم سواء و عددهم. أقرع بینهم علی أیهما تصیر الیمین و کان یقول: اللهم رب السماوات السبع «و رب الأرضین السبع» أیهم کان له الحق فأده الیه. ثم یجعل الحق للذی یصیر علیه الیمین إذا حلف» (۱).

(۹) عن عبد اللّه بن سنان قال: «سمعت أبا عبد اللّه علیه السّلام یقول: ان رجلین اختصما فی دابه الی علی علیه السّلام فزعم کل واحد منهما أنها نتجت عنده علی مذوده و اقام کل واحد منهما البینه سواء فی العدد، فأقرع بینهما سهمین فعلّم السهمین کل واحد منهما بعلامه ثم قال: اللهم رب السماوات السبع و رب الأرضین السبع و رب العرش العظیم عالم الغیب و الشهاده الرحمن الرحیم أیهما کان صاحب الدابه و هو أولی بها فأسألک أن یقرع و یخرج اسمه. فخرج اسم أحدهما فقضی له بها» (۲).

هذه هی نصوص المسأله، و هی مختلفه، و لقد اختلفت بتبعها أقوال الأصحاب فیها «فبین من اقتصر علی اعتبار الأعدلیه خاصه کالمفید، و من اقتصر علی اعتبار الأکثریه کذلک کالاسکافی و الصدوقین، نعم ذکرا قبل اعتبارها إن أحق المدعیین من عدّل شاهداه، فان استوی الشهود فی العداله فأکثرهما شهودا و هو لیس نصا فی اعتبار الأعدلیه.

و بین من اقتصر علی اعتبارهما خاصه و لم یذکر الترتیب بینهما و لا القرعه بعدهما کالشیخ فی موضع من الخلاف قائلا انه الظاهر من مذهب الأصحاب، و بین من اقتصر علی ذکر المرجح مطلقا من دون بیان له و لا ذکر قرعه کالدیلمی و الشیخ فی موضع من الخلاف، لکنه ذکر القرعه بعد العجز عن الترجیح مدعیا علیه إجماع الإمامیه، و بین من فصل بعین ما فی العباره لکن مقدما للاکثریه علی

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۸-۱۸۳

۲- ۲) وسائل الشیعه ۱۸-۱۸۶

الأعدليه كالحلى فى السرائر و عزاه الى ظاهر الأصحاب مشعرا بدعوى الإجماع عليه، و بين من اقتصر على القرعه خاصه كالعمانى» .

النظر فى اخبار الترجيح و طريق الجمع بينها:

فنقول: ان هذه النصوص على طوائف:

(الأولى: ما يدل على التنصيف،

كخبر غياث بن إبراهيم، و الحكم بالتنصيف قد يكون من جهه تساقط البينتين، فتكون مثل صوره دعوى المدعيين بلا بينه، و الدليل، على التنصيف هو ما ذكر هناك.

لا يقال: التنصيف يوجب العلم بالخلاف.

لأنا نقول: فرق بين الوصول الى الواقع و العثور عليه، و بين الحكم الفاضل للخصومه، و الحكم بالتنصيف هو طريق لفصل الخصومه.

و قد يكون من جهه العمل بكلتا البينتين بعنوان فصل الخصومه، فإنه و ان شهدت كل واحده بكل المال، الا انه يؤخذ بنصف مدلول كل واحده منهما، و يجمع بينهما و يحكم بالتنصيف لفصل الخصومه، نظير الجمع بين الروايات.

الطائفه الثانيه:

ما يدل على التنصيف بعد اليمين،

كخبر إسحاق بن عمار، و على هذه تحمل الطائفه الأولى الساكته عن لزوم الحلف، فيكون وجه الجمع التنصيف بعد الحلف.

الطائفه الثالثه:

ما يدل على القرعه

فمن خرج اسمه كان الحق له.

كخبر داود بن أبى يزيد العطار، فإنه يدل على ان طريق الحكم هو القرعه بلا تحليف فيما إذا كانت المرأه بيد ثالث بالأولويه. و كخبر سماعه و خبر عبد اللّه بن سنان.

و هـذه الاخبـار و ان كـانت ظـاهره فى تمـاميه الحكم بـالقرعه و بلا يمين الا انها قضـيه فى واقعه و يمكن أن تحمل على الطائفه الداله على ان الاقتراع، هو لتعيين من عليه الحلف و هى:

الطائفه الرابعه:

كخبر عبـد الرحمن بن ابى عبـد اللّه البصـرى، و خبر الحلبى، فيكون طريق الجمع بين هـاتين الطائفتين هو القرعه لتعيين من عليه الحلف، و حينئذ يكون الحكم باليمين عملا بقوله صلّى اللّه عليه و آله: «إنما أقضى بينكم بالبينات و الايمان» .

و يتحصل مما ذكرنا ان قاعـده فصل الخصومه هو الأمور الثلاثه الاتيه: البينه و اليمين، ثم التنصـيف و ذلك فى صوره فقـد انهما للبينه أو وجـدانهما لهـا ثم حلف كليهمـا أو نكولهما معا، و يكون التنصـيف فيما إذا كان مورد النزاع قابلا له، و الا فلا سبيل إلا القرعه.

و اما القول بالترجيـح لإحـدى البينتين على الأخرى بالأكثريه عـداله أو عـددا مع الالتزام بالترتيب أو عـدمه فلم نجـد له دليلا فى الاخبار، إلا خبر ابى بصـير الـذى قضـى فيه لأكثرهم بينه و اسـتحلفهم، و كيف كان فلا مناص من أن يحمل الترجيح على توجه اليمين على من كانت بينته راجحه على بينه الأخر لهـذه الجهه أو تلك، فالفاضل للخصومه هو اليمين تحكيما للقاعـده الكليه فى بـاب القضـاء، لأنا علمنا من خبر أبى بصـير ان معنى مرجحيه الأكثريه هو توجه اليمين على صاحب تلك البينه، فكـذلك الكلام فى صاحب البينه الأكثر عداله.

و قد يستأنس لذلك بتقديم الامام عليه السّلام الأكثر عددا، أى سواء كانت الأخرى أعدل أولا.

و لو وقع التعارض فى مورد بين التنصيف و القرعه تقدمت أدله القرعه، فمن خرج اسمه حلف و قضى له.

هذا هو طريق الجمع بين هذه الاخبار فى هذه الصوره.

ص:۱۵۴

قال المحقق قدس سره:

«و قال فى المبسوط يقضى بالقرعه إن شهدتا بالملك المطلق، و يقسم بينهما ان شهدتا بالملك المقيد، و ان اختصت إحداهما بالتقييد قضى بها دون الأخرى و الأول أنسب بالمنقول» .

و قد ضعف فى الجواهر ما عن المبسوط قال: و ان قيل فى توجيهه: انه جمع بين ما دل على القرعه، و خبرى تميم بن طرفه و غياث المتقدمين سابقا بالتفصيل المزبور لكن فيه ان المفروض فى خبرى سماعه و ابن سنان من أخبار القرعه المقيدتين كما أن فيها المطلق أيضا، و فى اخبار التنصيف المقيدتين كخبر غياث و المطلقتين كخبر تميم بن طرفه. فليس فى ما ذكره جمع بين النصوص، بل فى خبر إسحاق ما هو خارج عن الجميع و هو تحليفهما معا فأيهما حلف و نكل الأخر كانت للحالف فان حلفا جميعا كانت بينهما نصفين، و لم أعرف من عمل به عدا ما تسمعه من ظاهر أبى على.

حكم ما لو أقر الثالث لأحدهما:

قال العلامه قدس سره فى القواعد: «و لو أقر الثالث بالعين لأحدهما فالوجه انه كاليد» قال كاشف اللثام: «تقدم على قيام البينتين أو تأخر، لقيام المعنى القائم فى اليد فيه، و جزم به فى المقصد السابع.

و يحتمل العدم بعد اقامه البينتين، لكشفهما عن أن يد المقر مستحقه للإزاله فإقراره كإقرار الأجنبى» و فى الجواهر: «بل قد يشكل-ان لم يكن إجماع- اندراج ذلك قبل اقامه البينتين فضلا عما بعده فيما دل على حكم ذى اليد بالنسبه إلى الدخول و الخروج، و لعله لذا أطلق بعضهم الحكم من غير فرق بين إقرار الثالث و عدمه فتأمل جيدا» .

قلت: انما يتجه احتمال العدم فيما إذا لم يكن الثالث وكيلا للمقر له، لأن البينه قامت على عدم كونه مالكا للعين، و لم تنف وكالته و لم تسقط يده عن

الاعتبار، فلو أقر بكونها له و ادعى وكالته عنه كانت يده يد المقر له و ترتب الأثر على إقراره.

الصوره الرابعه: كون العين لا فى يد أحد

الصوره الرابعه: ان لا تكون العين فى يد احد، و الظاهر أن حكم هذه الصوره حكم ما إذا كانت فى يد ثالث، فما ذكرناه هناك آت هنا.

مورد تحقق التعارض

قال المحقق قدس سره: «و يتحقق التعارض بين الشاهدين و الشاهد و المرأتين» أقول: لا خلاف و لا إشكال فى ذلك، لان المرأتين تقومان مقام الرجل الواحد فى الشهاده فتصدق البينه على الشاهد و المرأتين كما تصدق على الشاهدين.

قال: «و لا يتحقق بين الشاهدين و شاهد و يمين، و ربما قال الشيخ نادرا يتعارضان و يقرع بينهما» .

أقول: علل فى الجواهر ما ذهب اليه المشهور بعدم صدق اسم البينه على الشاهد و اليمين، و فى المسالك بان الشاهد لا يستقل بالحجيه، و اليمين معه و ان أوجبت ثبوت المال الا انه حجه ضعيفه و من ثم اختلف فى ثبوته بها، و بأن الذى يحلف مع شاهد يصدق نفسه و الذى يقيم شاهدين يصدقه غيره فهو أقوى جانبا و أبعد عن التهمه، و بهذا صرح الشيخ فى المبسوط فى فصل الدعاوى و البينات، و فى الخلاف أيضا.

و قد ذكر المحقق الآشتيانى وجوها لكنها استحسانيه.

قلت: و ربما يشكل على تعليل المسالك بأنه مع الحجيه لا يبقى أثر للضعف و القوه بل يتحقق التعارض.

و التحقيق ان يقال: انه ان صدق اسم البينه على الشاهد و اليمين فلا كلام فى قدرته على المقاومه مع الشاهدين و تحقق التعارض، لكن المراد من «البينه» فى

نصوص کتاب القضاء هو اصطلاح خاص، و مقتضی التقابل بین البینه و الیمین فی قوله صلّی اللّه علیه و آله: «إنما أقضی بینکم بالبینات و الایمان» مغایره البینه للیمین و إن کانت مع شاهد، فالحق عدم صدق اسم البینه و عدم تحقق التعارض بینهما.

فان قیل: التعارض هو بین الحجتین لا بین البینتین حتی یقال لیس الشاهد و الیمین بینه.

قلنا: مقتضی النظر فی النصوص الوارده فی علاج تعارض البینتین هو ان المراد البینه بما هی لا بما هی حجه، فلا وجه للتعدی عن موردها.

و بما ذکرنا یظهر الجواب عما استدل به الشیخ قدس سره فی فصل الرجوع عن الشهاده من المبسوط علی ما نسب الیه المحقق من القول بالتعارض و القرعه، و انما قال «و ربما» لعدم صراحه کلام الشیخ، و لذا اختلف العلماء فی فهم عبارته فعن الشهید حکایه ذلک عنه فی الدروس صریحا، و عن فخر المحققین نسبه التردد الیه، و قد رجح صاحب المسالک فهم الفخر بعد نقل عباره الشیخ (۱).

و كيف كان فلا ريب فى ضعفه.

قال المحقق قدس سره: «و لا بين شاهد و امرأتين و شاهد و يمين، بل يقضى بالشاهدين و الشاهد و المرأتين دون الشاهد و اليمين» .

أقول: فالحاصل عدم صدق «البينه» على الشاهد الواحد مع اليمين و حينئذ لا يقع التعارض بينه و بين البينه مطلقا، بل يقضى بما قامت عليه البينه و لا يلتفت الى الشاهد و اليمين.

ص:۱۵۸

الحكم بالقسمه يختص بمورد إمكانه

قال المحقق: «و كل موضع قضينا فيه بالقسمه فإنما هو فى موضع يمكن فرضها دون ما يمتنع كما إذا تداعى رجلان زوجه» .

أقول: قد ذكرنا سابقا أن فصل الخصومه بالتنصيف يكون فى كل مورد أمكن فيه ذلك، قال فى المسالك ان العباره توهم اختصاص الحكم بما يقبل القسمه لكنه تجوز بها فى إمكان الشركه، و لو عبر بها كان أولى» و من هنا قال فى الجواهر مازجا بالمتن: فى موضع يمكن فرضها بإمكان الاشتراك فيه و ان لم يقسم فعلا كالعبد و الأمه دون ما يمتنع لامتناع الشركه فيه.

و كيف كان فقد ذكرنا سابقا انه فى كل موضع لم يمكن التنصيف-كما إذا كان مورد التداعى هو الزوجه-فالحكم هو القرعه، و يدل عليه مرسل داود بن ابى يزيد العطار عن الصادق عليه السّلام: «فى رجل كانت له امرأه، فجاء رجل بشهود فشهدوا أن هذه المرأه امرأه فلان و جاء آخرون فشهدوا انها امرأه فلان فاعتدل الشهود و عدلوا قال: يقرع بين الشهود فمن خرج اسمه فهو المحقق و هو اولى بها» (1)و عمل الأصحاب به جابر لضعفه، و لم يذكر الامام عليه السّلام فيه اليمين، فيقيد-كما تقدم- بما دل على ان من خرج اسمه بالقرعه فعليه اليمين، مثل خبر الحلبى الذى يعم الأموال و غيرها، لكن فى المسالك انه لا فائده فى الإحلاف بعد القرعه، لأن فائدته القضاء للآخر مع نكوله و هو منفى هنا، و أجاب فى الجواهر بقوله: «و فيه: انه لا مانع منه، و انما المنفى التنصيف بينهما على تقدير النكول منهما، بل يتجه فيه انتفاؤها عنهما، نعم لا تعرض فى الخبر لليمين، و لا ينافى إطلاق ثبوتها فى غيره، خصوصا بعد ما عرفت ان القرعه لإثبات الرجحان الذى يتبعه اليمين على حسب الترجيح بالأعدليه و الأكثريه، .»

١- ١) وسائل الشيعه ١٨-١٨٤

قلت: و ما ذكره تام الا قوله: «بل يتجه فيه انتفاؤها عنهما» الظاهر فى أنه مع نكولهما عن اليمين يتجه نفى كونها زوجه لهما. فانا نقول بان مقتضى البينتين تحقق العلم الإجمالى بكونها لأحدهما و ان لم يحصل العلم الإجمالى بكونها بينهما فلا ريب فى إفادتهما نفى كونها لثالث، فلا يجوز تزويجها من ثالث، فلا مناص حينئذ -أى فى صوره نكولهما-عن القرعه مره ثانيه، فيكون من خرج اسمه أولى بها بلا يمين.

قال فى الجواهر: «و مما ذكرنا يظهر لك النظر فى كلام الفاضل حيث قال:

«فصل فى أسباب الترجيح لحجه على اخرى، و هى ثلاثه: الأول قوه الحجه كالشاهدين و الشاهد و المرأتين على الشاهد و اليمين، و لو اقترنت اليد بالحجه الضعيفه احتمل تقديمها و التعادل» و وجه النظر هو ما عرفت من عدم اندراج الشاهد و اليمين تحت النصوص فلا يتحقق التعارض، و الترجيح فرع التعارض كما هو واضح.

هل اليد من المرجحات؟

ثم ذكر العلامه السبب الثانى من أسباب ترجيح احدى البينتين على الأخرى بقوله: «الثانى اليد، فتقدم بينه الداخل على الخارج على رأى، و الأقوى العكس» أى: فتكون اليد سببا لتقدم بينه الداخل على بينه الخارج على رأى بعض الأصحاب القائلين بحجيه بينه ذى اليد، و اختار قده العكس و هو تقديم بينه الخارج فلا تكون اليد مرجحه، لما تقدم من عدم حجيه بينه ذى اليد لقوله صلّى اللّه عليه و آله «البينه على المدعى و اليمين على أنكر» فلا تسمع بينته حتى تكون يده مرجحه لها.

ثم ذكر قدس سره هنا فروعا، فقال:

«الا أن يقيمها بعد بينه الخارج على اشكال، فلو ادعى عينا فى يد غيره فأقام بينه فأخذها منه ثم أقام الذى كانت فى يده أنها له نقض الحكم و أعيدت اليه على اشكال» قال كاشف اللثام: «من انقلاب الداخل خارجا و العكس بإقامه الخارج البينه

بالحكم فيها، و هو اختيار الشيخ و لكن بناء على تقديم بينه الداخل لانكشاف بينته لذى اليد. و من اتحاد الدعوى فلا يختلف الحال بتأخير إقامه البينه و تقديمها، و اليد الطاريه لإقامه البينه لا دلاله لها على شيء و هو الأقوى» و تبعه صاحب الجواهر حيث قال: «و فيه أيضا ما لا يخفى، ضروره اقتضاء ذلک التسلسل المنافى لحکمه القضاء الذى هو الفصل بين المتخاصمين، و الفرض انها دعوى واحده، فالمتجه عدم سماعها مطلقا» . لکن فی کشف اللثام «نعم لو رافع الى حاکم لا يعلم بالحال فلا إشكال فى الإعاده إليه» ثم قال العلامه: «و لو أراد ذو اليد إقامه البينه قبل ادعاء من ينازعه للتسجيل فالأقرب الجواز» .

وجه القول بالجواز هو: أن التسجيل أى إثبات ملكيته و ثبته فى سجل الدعاوى لدى الحاكم غرض مقصود، فربما احتاج الى الإثبات فى المستقبل و لا يمكنه لعدم حضور الشاهدين أو موتهما أو غير ذلک.

و ذكر شراح القواعد للعدم وجهين أحدهما: انه لا بينه الأعلى خصم، و الأخر:

ان الملک ثابت له بدون البينه بمجرد اليد و التصرف مع انتفاء المنازع، فلا فائده للبينه، و تحصيل الحاصل محال.

و قد أجابوا عن الوجهين بأن التسجيل فائده عقلائيه، و لا مانع من اقامه البينه مع عدم الخصومه الفعليه حيث يحتمل تحققها فى المستقبل و عدم تمكنه من إثبات دعواه حينذاک بسبب من الأسباب.

قلت: و الأقرب هو الجواز، و الفرع يبتنى على القول بحجيه بينه الداخل کما لا يخفى.

ثم قال العلامه: «و لو أقام بعد الدعوى لإسقاط اليمين جاز» .

أقول: و هذا أيضا مبنى على حجيه بينه ذى اليد کما ذکرنا.

ثم قال: «و لو أقام بعد ازاله يده بينه الخارج و ادعى ملکا سابقا ففى التقديم

بسبب يده التى سبق القضاء بإزالتها إشكال» .

فى كشف اللثام: «من سبق يده و أنه الداخل و البينه تشهد له بالملك المستند الى ذلك الزمان. و من كون تلك اليد قد اتصل القضاء بزوالها، أما لو أقام البينه بعد القضاء للخارج قبل ازاله اليد فهى بينه الداخل» .

و فيه كما فى الجواهر ما لا يخفى من أنه ليس من الداخل على التقديرين، بل قد عرفت عدم سماع دعواه لانقطاعها بالقضاء للخارج. نعم إذا كانت بينه الداخل حجه و تقدم على بينه الخارج فالظاهر التقديم، لان بيّنته حينئذ تشهد بان العين قد أخذت منه و أزيلت يده عنها ظلما.

ثم قال العلامه: «و إذا قدمنا بينه الداخل فالأقرب انه يحتاج الى اليمين» .

قال فى الجواهر: كأنه مناف لما ذكره سابقا من إسقاطها اليمين، اللهم الا ان يفرق بين معارضه البينه و بين معارضه مجرد الدعوى، فتسقط على الأول، فيبقى استحقاق اليمين بحاله بخلاف الثانى.

قلت: لكن لا يبقى حينئذ أثر لليد.

ثم قال العلامه-بشرح الفاضل الهندى-: «و إذا قامت البينه على الداخل أو أقر فادعى الشراء من المدعى أو ثبت الدين عليه ببينه أو إقرار فادعى الإبراء، فإن كانت البينه بدعواه حاضره سمعت قبل ازاله اليد و توفيه الدين. و ان كانت غائبه طولب فى الوقت بالتسليم، لثبوت الاستحقاق شرعا من غير ظهور معارض، و ليس له المطالبه بكفيل للأصل.

ثم إذا أقام البينه استرد. و ربما احتمل العدم و التأجيل ثلاثه أيام كما هو حكم مدعى جرح الشهود» و لكنه واضح الضعف.

قال: «و لو طلب الإحلاف انه لم يبعه منه أو لم يبرء قدم على الاستيفاء لكونه كحضور البينه» فإن حلف ذاک استوفى العين و ان نكل أبقيت فى يد هذا.

ثم قال العلامه: «و لو اعترف لغيره بملك لم تسمع بعده دعواه» لكونها إنكارا

ص:۱۶۲

بعـد الإقرار، فإن ادعى بعد ذلک شـرائها مثلا منه سـمعت هذه الدعوى لعدم منافاتها لإقراره السابق، فإن أقام البينه حکم له و الا حلف الطرف الأخر و أبقيت فى يده.

أمـا لو ثبت کون العين لغيره لاـ بـاعترافه بـل ببينه ذاک أو حلفه سـمعت دعواه کونهـا ملکـا له، للفرق بين ثبوت الملـک للآـخر بالإقرار و الثبوت بالحجه.

هل الشهاده بقدم الملک أولى؟

قال المحقق قدس سـره: «و الشهاده بقدم الملک أولى من الشهاده بالحادث مثل أن تشهد إحداهما بالملک فى الحال و الأخرى بقديمه، أو إحداهما بالقديم و الأخرى بالأقدم، فالترجيح لجانب الأقدم» .

أقول: إذا تعارضت البينتان فى الملک و لکن اختصت إحـداهما بزياده التاريخ، بأن قالت إحداهما بأن هذه العين لزيد فى الحال و قالت الأخرى هى لعمرو منـذ سـنه، أو قالت تلک هى لزيـد منـذ سـنه و قالت هذه هى لعمرو منذ سـنتين، فهل زياده التاريخ و الشـهاده بقـدم الملک يوجب الأولويه و الترجيح لبينه عمرو أو لا؟ ذهب المحقق إلى الأول، و جعل العلامه فى القواعد اشـتمال احـدى البينتين على زياده کزياده التاريـخ من أسـباب ترجيـح البينه، و فى الجواهر نسـبه هـذا القول الى الشـيخ و ابنى إدريس و حمزه، بل فى المسالک نسبته الى المشهور.

و وجه تقديم متقدمه التاريخ هو أن تلک البينه تثبت الملک لعمرو فى وقت لا تعارضـها البينه الأخرى فيه و هو السـنه الاولى فى المثال و انما تعارضـها فيما بعدها فتتساقطان فى محل التعارض و يثبت الملک لعمرو فى السنه الأولى بلا معارض–و لهذا کان له المطالبه بالنماء فى ذلک الزمان–و الأصل فى الثابت دوامه.

قال فى الجواهر: و لم أجـد فى شـىء من النصوص اشاره اليه الاّ ما فى صـحيح ابن سـنان عن الصادق عليه السّـلام عن على عليه السّلام: «و کان إذا اختصم اليه الخصمان فى جاريه فزعم أحدهما انه اشتراها و زعم الآخر أنه أنتجها فکانا إذا أقاما البينه

ص:

عن فرض المسأله، لأنها مفروضه فيما إذا كان المدعى فى يد ثالث، و سيصرح بذلک صاحب الجواهر نفسه بقوله: «هذا كله مع كون المشهود عليه ليس فى يد أحدهما» .

و كيف كان فلا يمكن المساعده على ما ذهب اليه المشهور، فان لم تقدم المتأخره التاريخ تتعارضان و تتساقطان، و يكون المرجع هو الأصل، و مقتضاه كون العين لزيد.

و لو أطلقت إحداهما و أرخت الأخرى قيل: تساوتا لاحتمال الإطلاق هذا التاريخ و غيره زائدا أو ناقصا فلا زياده فى إحداهما على الأخرى إلا بالتعرض للتاريخ، و هو مما لا يؤكد الملک ليتسبب الترجيح.

و فيه ان المتجه تقديم المطلقه مع العلم باستناد المؤرخه إلى الاستصحاب الذى قد عرفت عدم معارضته للبينه التى تقتضى انقطاعه. أما إذا لم يعلم فالمتجه العمل بالاستصحاب أيضا، اقتصارا فى تساقطهما على ما علم تعارضهما فيه و هو الملک فى الحال فيبقى غيره مستصحبا.

و لو شهدت إحداهما بسبب الملک كالشراء مثلا فقيل: تقدم على المطلقه قال فى الجواهر: و قد مر فى خبر أبى بصير ما يؤيده فى الجمله.

و فيه كما فى الجواهر أيضا انه كما يحتمل أن يكون حكم الامام عليه السّلام فيه من جهه تقديم البينه المقيده على المطلقه، كذلک يحتمل أن تكون بينه المدعى متقدمه تاريخا فمن هذه الجهه حكم الامام بكونها للذى ادعى الدار و اقام البينه عليها. و لعله من هنا قال: يؤيده فى الجمله.

هذا كله فيما إذا لم تكن العين فى يد أحد المتداعيين.

و اما إذا كانت فى يد أحدهما، فإن كانت بينه الداخل أسبق تاريخا-قال فى المسالک فهو المقدم لا محاله، و عن الخلاف نفى الخلاف فيه، و ذلک لإجماع مرجحين فيه و هما اليد و زياده التاريخ.

لكن فى القواعد: و لو شهدت لذى اليد بالقدم تعارض رجحان التقدم ان قلنا به و كون الآخر خارجا، قال فى كشف اللثام: فيحتمل التساوى لاشتمال كل على مرجح، و تقديم الخارج لعموم دليله و هو الأقوى، و العكس كما فى المبسوط و الخلاف و نفى فيه الخلاف، لاجتماع مرجحين فيه و لعموم دليله.

و يضعف بان دليله ان تم نزلت بينه الخارج منزله العدم و لا عبره ببينه الداخل إذا لم يكن للخارج بينه، و بأنه على القول بترجيح بيّنه الخارج لا عبره ببينه الداخل أصلا، لأنها ليست من شأنه، و إذا لم تعتبر لم يكن لترجيحها بالقدمه و غيرها معنى.

و فى الجواهر: الظاهر بناء الأول على القول بأن للداخل بينه مسموعه و حينئذ يتوجه ترجيحها بالأمرين، و تنزيل بينه الخارج منزله العدم انما هو لمعارضه بينه الداخل، فلا وجه للقول بأنه لا عبره ببينه الداخل إذا لم يكن للخارج بينه.

أقول: انه فى صوره وجود البينه للخارج دون الداخل فلا ريب فى انه يحكم له كما هو واضح، و ان لم يكن له بينه حلف ذو اليد، و ان كان لكليهما بينه -و المفروض حجيه بينه ذى اليد أخذا بعموم دليل حجيه البينه-فلا وجه للقول بالتساقط، بل تقدم بينه ذى اليد لوجود المرجحين المذكورين، فما ذكره صاحب الجواهر هو الظاهر، لكن المختار عندنا أن بينه الداخل غير مسموعه مطلقا كما تقدم و يأتى.

و ان كانت بينه الخارج أسبق تاريخا ففى الجواهر عن الخلاف الجزم بتقديم بينه الداخل كذلك مدعيا عليه الإجماع و الاخبار، و لعله لأن البينه بقدم الملك لم تسقط بها اليد، كرجل ادعى دارا فى يد رجل و أقام بينه بأنها كانت له أمس لم تزل بها فكذلك هنا، لكن فى كشف اللثام: يقوى تقديم الخارج كما فى المبسوط، لان بينته فى الزمان المختص بها غير معارضه.

و فى المسالك ذكر ثلاثه أوجه أحدها: ترجيح اليد، لان البينتين متساويتان فى إثبات الملك فى الحال فتتساقطان فيه و يبقى من احد الطرفين اليد و من الآخر إثبات

الملک السابق، و الید أقوی من الشهاده علی الملک السابق و لهذا لا یزال بها.

و الثانی: ترجیح السبق، لان مع إحداهما ترجیحا من جهه البینه و مع الأخری ترجیحا من جهه الید، و البینه تتقدم علی الید، فکذلک الترجیح من جهتها مقدم علی الترجیح من جهه الید.

و الثالث: انهما متساویان لتعارض البینتین.

أقول: ان کان للداخل بینه و هی مسموعه فعلی هذا المبنی تتقدم بینته فی هذه الصوره کالصوره السابقه، و أما علی المختار من أنه لا بینه للداخل لتخصیص قوله صلّی اللّه علیه و آله: «البینه علی المدعی و الیمین علی من أنکر» لعموم أدله الشهاده فلا ریب فی تقدّم بینه الخارج، لان بینه ذی الید غیر مسموعه و یده لا تصلح لمعارضه بینه الخارج.

هذا و فی المسالک: اعلم ان إطلاق عباره المصنف یقتضی عدم اشتراط اضافه البینه بالملک القدیم و التعرض لذلک فی الحال، و هو أحد الوجهین فی المسأله، لأن الملک إذا ثبت سابقا فالأصل فیه الدوام و الاستمرار، فلا یفتقر الی التصریح باستمراره.

و الثانی و هو المشهور: ان الشهاده بالملک التقدیم لا تسمع حتی یقول: و هو فی ملکه فی الحال. و لا أعلم له مزیلا. حتی لو قال: لا ادری زال أم لا. لم یقبل، لان ثبوت الملک سابقا ان اقتضی بقاه فید المدعی علیه و تصرّفه یدل علی الانتقال الیه، فلا یحصل ظن الملک فی الحال، و لان دعوی الملک السابق لا تسمع، فکذلک البینه علیه. و عللوا عدم قبول الشهاده مع قوله لا ادری زال أم لا مع أن مؤدّاها قریب من قوله لا علم له مزیلا: بأن الأولی تقتضی ترددا و ریبه، فهی بعیده عن أداء الشهاده.

و فیه نظر: لان الجزم الواقع فی الشهاده بالصیغتین الأولیین انما استند الی استصحاب الملک و ظن الاستمرار مع عدم ظهور المنافی، و الا فالتعبیر بالاستمرار لا یتفق،

لأن الأسباب الموجبه لانتقال الملک عن المشهود له لا يمكن القطع بعدمها و ان صحبه الشاهد ليلا و نهارا، فان منها ما يمكن وقوعه سرا بنفسه مع نفسه، و الاستناد الى الاستصحاب و ظن الاستمرار يتأدى بقوله: لا ادرى زال أم لا كما يتأدى بقوله:

و هو ملكه فى الحال، لأنه إذا لم يدر هل زال أم لا جاز له استصحاب البقاء و الحكم به فى الحال، و كون الصيغه بعيده عن أداء الشهاده فى حيز المنع.

و من ثم ذهب بعضهم الى عدم اشتراط الضميمه، مع أن الشهاده بالملک السابق لا ينافى العلم بتجدد انتقاله عنه، فمع إضافته ما ينافى العلم بالانتقال أولى.

و الحق: ان إطلاق الشهاده بالملک القديم لا يسمع لعدم التنافى بين كونه ملكا له بالأمس مع تجدد انتقاله عنه اليوم و ان كان الشاهد يعلم بذلک، بل لا بد من اضافه ما يفيد عدم علمه بتجدد الانتقال و ذلک يتحقق بهذه الصيغ و ان كان الاقتصار على ما لا يشتمل على التردد أولى.»

حكم الاستناد الى الاستصحاب فى الحكم و الشهاده:

أقول: هنا فروع متعدده، فمنها انه: هل للحاكم أن يحكم بالاستناد الى الاستصحاب، كما إذا علم بكون العين لزيد سابقا ثم لما ادعاها عمر يشک فيستصحب بقائها على ملک زيد؟ ان قلنا بجواز حكم الحاكم بعلمه جاز حكمه باستصحابه، لأن استصحابه يقوم مقام علمه.

و منها: انه هل للشاهد أن يشهد مستندا الى الاستصحاب؟ و إذا جاز ذلک فهل للحاكم الحكم مع علمه بأن لا مدرک لشهادته الا الاستصحاب، أو مع تصريح الشاهد باستناده الى الاستصحاب، أو تصريحه بالجهل بالأمر فى الحال؟ و هل يعتبر ذلک شهاده؟
و منها: انه لو قال أشهد بكونها ملكا لزيد أمس. ثم سكت بالنسبه إلى الحال فهل للحاكم ان يحكم بكونها لزيد فى الحال أخذا بالاستصحاب؟ قال فى الجواهر: لا مدرک للمسأله بحسب الظاهر إلا صدق اسم الشهاده عرفا

فلاـ حكم للمشكوك فيها فضلا عن غيرها، و لاـ ريب فى عدم صدق الشهاده بالملك فى الحال بمجرد الشهاده على قدم الملك، بل قد يشك فى صدقها مع التصريح بالاستصحاب بل و مع قوله: لا اعلم له مزيلا فضلا عن قول: لا ادرى زال أم لا.

و جواز الشهاده بالاستصحاب لا يقتضى تحقق اسمها مع التصريح به أو بما يساويه، و انما المعلوم كونها شهاده عرفا، قوله هو ملكه فى الحال، و لعله لذا اقتصر عليه بعضهم كما عن آخر التصريح بإراده تحقق الملك الحال من قوله لا اعلم له مزيلا نحو القول ان هذا الأمر قطعى لا اعلم فيه مخالفا. ففى الحقيقه هو شهاده على عدوان اليد المارضه.

قلت: قد يقال: صحيح ان الحاكم لا يحكم فى هذه الحاله بالملكيه الفعليه للمشهود له استنادا الى هذه الشهاده، الا انه لما شهد الشاهد بالملكيه السابقه فقد ثبت ملك أمس عند الحاكم بالشهاده فإذا شك الحاكم نفسه فى زوال تلك الملكيه بادعاء عمرو استصحب بقائها حتى الحال فيحكم بكون العين لزيد المشهود له، لكن هذا فى صوره عدم كونها فى يد عمرو، لان يده حينئذ مقدمه على الاستصحاب المذكور و لذا قيل ان للحاكم الحكم استنادا الى الاستصحاب فى صوره عدم وجود يد معارضه له.

قلت: لكن نفس الأدلاء بالشهاده له بالملكيه له ظهور عرفى فى الشهاده على الملكيه الفعليه و ان لم يضم إليه ضميمه، و الا فما الداعى للشاهد على الشهاده على الملكيه السابقه مع أن النزاع حول الملكيه فى الحال؟ فإذا كان الملاك الصدق العرفى فالظاهر تحققه، و لعل هذا وجه إطلاق المحقق قدس سره.

و هنا فرع آخر تعرض له المصنف فى المسأله الخامسه.

قال فى الجواهر: و ما عساه يظهر من بعض الناس من الإجماع على كون الشهاده المزبوره كالشهاده على الملك فى الحال فى الانتزاع بها، بل مرجع الأخيره إلى الأولى عند التحليل، ضروره عدم الإحاطه بأسباب الانتقال التى منها ما يقع بين المالك و بين نفسه من دون اطلاع احد، و حينئذ فما دل على الأخذ

بشهاده العدلين من قوله صلّى اللّه عليه و آله: البينه على المدعى شامل للصورتين، بل محل البحث منهما هى الغالبه، لندره البينه المطلعه على العدم-لم أتحققه.

فإن تم كان هو الحجه و الا فالمسأله محل نظر، و الظاهر عدم تماميته حيث يراد قيامها على مال فى يد مسلم.

نعم ربما يقال بتماميته حيث لا تكون يد، كما فى خبر حمران (١)لمشتمل على دعوى ملكيه جاريه بنت سبع سنين فلاحظ.

هذا كله فى الشهاده بالملك.

الشهاده بالإقرار

و أما لو شهد بأنه أقر له بالأمس ففى القواعد: «ثبت الإقرار و استصحب موجبه و ان لم يتعرض الشاهد للملك الحالى» . و فى كشف اللثام: «كما إذا سمعنا نحن منه الإقرار حكمنا بالملك للمقر له الى ظهور المزيل، و الفرق بين ثبوت الملك بالإقرار و ثبوته بالبينه ظاهر» .

و فيه نظر-كما فى الجواهر-فلو أخذت العين من زيد بإقراره أمس ثم وجدت بيده اليوم أشكل رفع يده هذه بذاك الإقرار، لأن اليد الفعليه تعارض إقرار الأمس و ان سقطت يده أمس بالإقرار اللاحق لها لكشفه عن كونها يد عدوان مثلا.

كما ان اليد الفعليه هذه لا تسقط بالبينه السابقه عليها التى رفعت يده بها عن العين.

تقدم الشهاده بالملک على الشهاده باليد

قال المحقق قدس سره: «و كذا الشهاده بالملک أولى من الشهاده باليد لأنها محتمله» .

أقول: أى ان الشهاده باليد محتمله للملک و غيره، فتكون الشهاده بالملک نصا فى الملک و الشهاده باليد ظاهره فى الملک، و النص متقدم على الظاهر عقلا-و نقلا- لا- يقال: لا يوجد عندنا نص فى خصوص تقدم النص على الظاهر، إذ ليس من المراد ذلک، بل المراد أن قوله صلّى اللّه عليه و آله «إنما أقضى بينكم بالبينات و الايمان» و «البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه» صريحان فى أن البينه حجه على الملكيه سواء وجدت يد أولا.

تقدم الشهاده بسبب الملک على الشهاده بالتصرف

قال المحقق: «و كذا الشهاده بسبب الملک أولى من الشهاده بالتصرف» أقول: أى لأن التصرف كما يكون عن ملک كذلک يكون عن وكاله و نحوها و حينئذ تكون الشهاده بسبب الملک كالشراء مثلا متقدمه على الشهاده بالتصرف من باب تقدم النص على الظاهر، فان ذلک قاعده جاريه فى كلام الشخص الواحد و الشخصين اللذين هما بحكم الواحد.

هذا فيما إذا شهدتا بالنسبه إلى زمان واحد. و اما لو قامت الشهاده على اليد الفعليه و الشهاده على الملک السابق فسيأتى الكلام فيه.

هذا و فى المسالک: «و لا فرق على هذا التقدير بين تقديم تاريخ شهاده اليد

-بأن شهدت أن يده على العين منذ سنه، و شهدت بينه الملک بتأريخ متأخر، أو بأنه يملكه فى الحال-و تأخيره، لاشتراك الجميع فى المقتضى و هو احتمال اليد بخلاف الملك. و فى هذه المسأله قول بتقديم اليد على الملك القديم، و سيأتى الكلام فيه» .

قال فى الجواهر، و هو كما ترى، ضروره أجنبيه ذلک عما نحن فيه و هو ما عرفت من اراده بيان عدم تعارضهما بعد فرض تعلقهما بمورد واحد.

ص:۱۷۲

(المسأله الثالثه)

اشاره

(إذا ادعى شيئا فقال المدعى عليه: هو لفلان)

قال المحقق قدس سره: «إذا ادعى شيئا فقال المدعى عليه: هو لفلان، اندفعت عنه المخاصمه حاضرا كان المقر له أو غائبا» .

أقول: إذا كان شيء بيد شخص فادعى احد كونه له، فتاره يقول المدعى عليه:

هو لى، و تاره يقربه لمعين فيقول: هو لفلان، و ثالثه يقربه لمجهول فيقول: ليس لى و لكن لا أسمى مالكه أو لا أعرفه.

و لو أقرّ به لمعين فتاره هو ممّن يمكن المخاصمه معه و تاره لا يمكن المخاصمه معه كأن يكون طفلا، و تاره يكون حاضرا و تاره يكون غائبا.

فإن أقر بالشيء لمالك معين بأن قال هو لفلان اندفعت عنه المخاصمه و توجهت الى المالك سواء كان حاضرا أو غائبا، و ليس له أن يحلف ذا اليد إذ لا يحلف أحد على مال لغيره.

و هل أن قوله: هو لفلان يدخل الشيء فى ملك فلان المقر له أو يخرجه عن ملك ذى اليد فقط؟ وجهان، فعلى الثانى يكفى للمدعى إثبات كون المال له، و على الأول يحكم الحاكم بكونه المقر له، و على المدعى المرافعه معه فيكون المقر له هو المدعى عليه، و هل للمدعى إحلاف ذى اليد أنه لا يعلم أنها له أو لا؟ فيه قولان كما سيأتى.

و لكن إذا كانت فى يد الشخص المقر بعد فما المانع من أن يقيم المدعى

البينه لدى الحاكم على كونها له لا- للمقر له، فيأخذها الحاكم و يدفعها إليه؟ لأنه ان كان المقر له حاضرا أو يمكن حضوره فالبينه مؤثره كما هو واضح، و ان كان غائبا حكم للمدعى ثم الغائب على حجته. نعم لا يمكن إقامه البينه بأن يكون ذو اليد المدعى عليه، لانه لا يمكن له اليمين فى مال المقر له، الا إذا كان مورد الدعوى وجوب تسليم العين بأن يقيم البينه على الملكيه المستتبعه لوجوب تسليمها فيحلف ذو اليد على عدم وجوبه.

و أما إذا سلم المدعى عليه العين الى المقر له فأما هى باقيه بيد المقر له و امّا هى تالفه، و هل للمدعى أن يدعى عليه العلم بكون المال له فيحلف على نفى العلم فان لم يحلف غرم؟ قال المحقق: نعم، و هذه عبارته: «و ان قال المدعى: أحلفوه أنه لا يعلم أنها لى توجهت اليمين، لأن فائدتها الغرم لو امتنع لا القضاء بالعين لو نكل أورد» و عليه العلامه فى القواعد، و قد نسب الى الشيخ فى أحد قوليه، و فى المسالك:

يجوز ان كانت تالفه، أى فان كانت العين باقيه أمر باستردادها. و أما إذا لم يمتنع و حلف على نفى العلم فلا شىء عليه.

قال المحقق: «و قال الشيخ: لا يحلف و لا يغرم لو نكل. و الأقرب أنه يغرم، لانه حال بين المالك و بين ماله بإقراره لغيره» .

و وجه قول الشيخ هو ان الامتناع لا يستلزم العلم بكونها للمدعى، بل لا يضمن حتى مع الإقرار بذلك، لانه لا يصدق عليه عنوان التلف حينئذ فلا وجه للضمان.

قلت: و التحقيق هو أن الحكم بالغرم بالامتناع عن اليمين على نفى العلم متوقف على توفّر ثلاث مقدمات إحداها: ان يكون الإقرار لغيره بمنزله الإتلاف للمال. و الثانيه: أن يكون الامتناع عن هذه اليمين بمنزله الإقرار للمدعى. و الثالثه ان يكون العلم بكون العين للمدعى جزءا لموضوع الضمان أو تمام الموضوع، و اما إذا لم يكن للعلم دخل فى الضمان كما هو الصحيح لان اليد كافيه فى ثبوت الضمان فلا أثر لليمين على نفى العلم.

ص:١٧٤

هذا و فی المسالک: «إذا ادعی شیئا علی انسان فقال المدعی علیه: انه لیس لی فاما أن یقتصر علیه أو یضیفه الی مجهول أو الی معلوم. فان اقتصر علیه أو اضافه الی مجهول بأن قال: هو لرجل لا أعرفه، أو لا أسمیه ففی انصراف الخصومه عنه و انتزاع المال من یده وجهان أصحهما و هو الذی لم یذکره المصنف انها لا تنصرف و لا ینتزع المال من یده، لان الظاهر ان ما فی یده ملکه و ما صدر عنه لیس بمزیل، و لم یظهر لغیره استحقاقا، و علی هذا فإن أقر بعد ذلک لمعیّن قبل و انصرفت الخصومه الی ذلک المعین و الا فیقیم المدعی البینه علیه أو یحلفه» .

قلت: و لا یخفی ما فیه، لان قوله: «لیس لی» یزیل ملکیته یقینا لأنه إقرار، و هذا الإقرار یسقط یده عن کونها اماره للملکیه، نعم لا ملازمه بین إزاله الملکیه للمال و ازاله الملکیه للید، فتکون یده مثل ید الوکیل و الأمین و المستعیر و المستأجر، لأن إقراره یزیل الملکیه للعین و لا یفید کون یده عدوانیه، بل تبقی علی حجیتها، و علی ما ذکرنا تنصرف الدعوی عنه، إذ لو أراد الحلف حینئذ کان فی ملک غیره، و اما بناء علی ما ذکره من عدم صدور ما یزیل الملکیه منه فیجوز المرافعه معه، و علی ما ذکرنا من عدم الملازمه المذکوره یترتب الأثر علی إقراره فیما لو أقر بعد ذلک لشخص معین.

قال: «و الوجه الثانی انها تنصرف عنه بذلک و لأنها تبرء من المدعی علیه، و ینتزع الحاکم المال من یده، فإن اقام المدعی بینه علی الاستحقاق فذاک و إلا حفظه الی أن یظهر مالکه» .

قلت: و هذا صحیح فی صوره تمامیه الملازمه المذکوره مع احتمال کون یده علیها مشروعه فیأخذها الحاکم بعنوان النهی عن المنکر.

فظهر أن الصحیح هو إبقاء العین فی ید المدعی علیه، فان قلنا بأن اقامه البینه لا تتوقف علی تمکن المدعی علیه من الیمین فتسمع و یعطاها و الا أبقیت فی یده.

و ان قال: «هی لقطه» فله أن یدفعها الی الحاکم لانه مال مجهول مالکه فیرجع الیه

و له أن يقوم فيها بما يجب عليه من أحكام اللقطه.

ثم ذكر فى المسالك: انه «ان أضافه الى معلوم فالمضاف اليه ضربان أحدهما ان يمتنع مخاصمته و تحليفه. و الثانى من لا يمتنع مخاصمته و لا تحليفه كما إذا اضافه الى شخص معين، فهو اما حاضر و اما غائب، فإن كان حاضرا روجع فان صدق المدعى انصرفت الخصومه اليه و ان كذبه ففيه أوجه. و ان أضاف إلى غائب انصرفت عنه الخصومه أيضا.» و سيأتى التعرض لكل ذلك. ثم قال:

«و حيث ينصرف الخصومه عنه و طلب المدعى إحلافه انه لا يعلم ان العين له ففى إجابته قولان مبنيان على أنه لو أقر له بعد ما أقر لغيره هل يغرم القيمه؟ فيه قولان مذكوران فى محله. فان قلنا: نعم و هو الأظهر فله إحلافه، فلعله يقر فيغرمه القيمه.

و ان قلنا: لا ـ و هو أحد قولى الشيخ، فان قلنا: النكول و رد اليمين كالإقرار لم يحلفه، لانه و ان أقر و نكل و حلف المدعى لا يستفيد شيئا، و ان قلنا كالبينه فله التحليف، لانه قد ينكل فيحلف المدعى، فإذا حلف و كانت العين تالفه أخذ القيمه» .

و أشكل عليه فى الجواهر بقوله: «و فيه بعد الإغماض عما فى تقييده بتلف العين-أن غايه ذلك كون اليمين المردوده كالبينه على إقراره مع علمه بكونه للمدعى، و الفرض عدم اقتضاء ذلك الغرم لو أقر به هو، و ليس هو بينه على كون المال له، ضروره كون الدعوى علمه بالحال فيه تكون كالبينه على ذلك، و لا تزيد على الإقرار المفروض عدم الغرم به كما هو واضح. و لذا حكى عن الشيخ إطلاق عدم توجه اليمين على التقدير المزبور، فتأمل» وجه التأمل هو احتمال كون إطلاق الشيخ من جهته انه لا يرى كون النكول و رد اليمين كإقرار بل كالبينه. و كيف كان فعلى القول بعدم التحليف لا يفرق بين القول يكون النكول و رد اليمين بمنزله الإقرار و القول بكونهما بمنزله البينه.

حكم ما لو أنكر المقر له الملكيه للشىء:

قال المحقق قدس سره: «و لو أنكر المقر له حفظها الحاكم، لأنها خرجت

عن ملک المقر و لم تدخل فی ملک المقر له، و لو أقام المدعی بینه قضی له» .

أقول: و حاصل ذلک سقوط ید المدعی علیه المقر مطلقا، أی فلا تکون أماره علی الملک و لا تکون کالید الأمانیه مثلا، فکأنها ید عدوانیه فینتزعها الحاکم منه و یحفظها. و هذا احد الوجوه الثلاثه التی ذکرها الشهید الثانی فی المسالک فی هذه المسأله.

و الثانی: و هو المنقول عن التحریر: انها تترک فی ید المدعی علیه المقر، إذ لا منازع له الی قیام حجه، لانه أقر للثالث و بطل إقراره فکأنه لم یقر. قال فی الجواهر: و فیه ان بطلانه بالنسبه إلی تملک المقر له لا بالنسبه إلی نفیها عنه کما هو واضح.

و الثالث: و هو المنقول عن القواعد: انها تسلم الی المدعی، لخروجها عن ملک المقر له بإنکاره و لا منازع فیها للمدعی، قلت: و هذا هو الأقرب، و اما قول صاحب الجواهر: «و هو بعید لکونها فی ید» ففیه: انه أی ید یرید، اما ید المقر فقد زالت بإقراره، و اما ید المقر له فمنتفیه بإنکاره، و اما ید الحاکم فهی لأجل حفظها حتی یظهر صاحبها و قد ظهر، فیدفعها الی المدعی و لا حاجه الی البینه و لا الیمین کما فی القواعد.

و ان رجع المقر له عن إنکاره و صدق المقر فی کون الشیء له فعن التذکره أن له الأخذ عملا بإقرار المقر السالم عن إنکاره، لزوال حکمه بالتصدیق الطاری فتعارضا و بقی الإقرار سالما عن المعارض، لکن فی الجواهر منع زوال حکم الإنکار بالتصدیق، فلا أثر للتصدیق الطاری، و حینئذ یحکم بأحد الوجوه الثلاثه المذکوره و قد عرفت المختار منها، قال: و من هنا لو رجع ذو الید فقال: غلطت بل هو لی لم یقبل منه.

لو کان المقر له غائبا

هذا کله فیما إذا کان المقر له حاضرا. قال فی الجواهر ثم الحکم فی المقر له

الغائب كالحكم فى الحاضر بالنسبه إلى تصديقه و تكذيبه، و للمدعى إقامه البينه و أخذه قبل معرفه حاله، و لكن هو من الحكم على الغائب، فينبغى مراعاه شروطه السابقه، كما له أيضا إحلافه على عدم العلم، نحو ما سمعته فى الحاضر، أى بناء على ان للمدعى حق التحليف عليه كما عليه المشهور و أحد قولى الشيخ.

فان نكل عن اليمين على نفى العلم، فان لم يقر و لم يرد اليمين أحلف المدعى، فان حلف فهل ينتزع العين و يغرم؟ قال فى القواعد: الأقرب الثانى.

فيكون نظير ما إذا أقر بكون العين لزيد و دفعت اليه ثم أقر بكونها لعمرو فيغرم له بدل الحيلوله، و لا يبعد أن يكون الحكم كذلك أن أثبت المدعى الحق بالبينه، و لو استرجع العين من الغائب و دفعها الى المدعى وجب عليه اى على المدعى رد المال الذى أخذه بدل الحيلوله.

و حيث يدعى كونها لغائب فإن ادعى استيجاره العين منه مثلا فالحكم قبول قوله، نظير قول ذى اليد، فإن أثبت المدعى كون المال ملكه فقد ظهر بطلان الإجاره، و ان لم يتمكن من ذلك احلف المدعى عليه على الإجازه و أبقيت العين بيده.

و لو أقام البينه على الإجاره فبناء على سماعها منه هل تقدم بينته على بينه المدعى باعتضادها باليد أولا؟ فى القواعد: اشكال. قلت: لا إشكال فى أن بينه المدعى من بينه الخارج، فيحتمل أن تكون بينه الأخر من بينه الخارج أيضا لكونه مقرا بعدم كونها له فيتساقطان، و يحتمل أن يكون نفسه ذائد لكونها بيده الآن فتكون من بينه الداخل، فعلى القول بتقدم بينه الخارج فالأمر واضح، و على القول بتقدم بينه ذى اليد لحجيتها و تأيدها باليد قدمت، و هذا وجه توقف العلامه، لكن فى الجواهر الأقرب انهما معا خارجان، قلت: لكن جعل بينه من له الانتفاع بما فى يده بينه الخارج بعيد جدا.

و ان لم يكن مدعيا للإجاره مثلا فهل له إقامه البينه كذلك أو لا لكونه أجنبيا؟ قال العلامه: يمكن أن يكون طرفا للخصوصه بدعوى المدعى عليه العلم بكونها له،

فيحلّفه على نفى العلم، فله ان يقيم البينه حتى يدفع عن نفسه وجوب اليمين و ان كانت البينه تشهد بكون ملك العين للمقر له. و اختار فى الجواهر عدم الجواز، فإنه إذا ثبت بالبينه كون العين للمقر له فلا مجال لليمين على نفى العلم، و أيضا لما كان ملك المقر له ثابتا بالبينه فلا أثر للإقرار فى إثباته حتى يدعى عليه المدعى الإتلاف بالإقرار.

قلت: لكن الصحيح ما ذهب إليه العلامه، -لأنه بناء على حجيه بينه الداخل- ان لم يكن عنده بينه كان عليه اليمين على نفى العلم، و ان كان له بينه جاز له إقامتها على إثبات ملك المقر له لتؤثر فى سقوط اليمين عنه، اللهم الا ان لا يكون هذا الأثر مجوزا له لإقامه البينه على ملك المقر له، إذ لا معنى لان يقيم أحد بينه على ملك غيره.

نعم يبقى الإشكال فى انه لا ملازمه بين ثبوت ملك الأخر و عدم علم المقر، بل يجوز للمدعى دعوى العلم عليه حتى بعد قيام البينه و إعطاء العين للمقر له فيحلفه على نفى العلم و يكون أثره انه إذا امتنع عن اليمين غرم.

لو كان المقر له ممن يمتنع مخاصمته

و لو أقر المدعى عليه بكون العين لمن يمتنع مخاصمته و تحليفه، كما إذا قال هى وقف على مسجد كذا، أو هى ملك لطفل صغير، فهل يكون طرف الخصومه ولى الصغير أو متولى الموقوفه؟ ان كان للمدعى بينه أقامها و حكم له و الا فلا يحلف الولى و المتولى إذ لا أثر ليمينهما، اذن لا يغنى فى هذا الفرع إلا البينه.

و أما اليمين على نفى العلم فالحكم كما تقدم، فان حلف فهو و إلا غرم، و كيف كان فإن الخصومه تندفع عن المدعى عليه، و فى المسالك: و إذا قضى له الحاكم بالبينه و كان الإقرار لطفل كتب الحاكم صوره الحال فى السجل ليكون الطفل على حجته إذا بلغ، لكن فى الجواهر: «قلت قد يقال: بعدم الحجه له لوجود وليه القائم مقامه الذى هو أولى من الوكيل فتأمل» قلت: وجه التأمل: ان الوكيل عمله عمل الموكل، أى ان الموكل يقيمه مقامه و ينزل عمله منزله عمل نفسه، فإذا

قضى على وكيله قبل، و ليس عمل الولى عمل الصغير، بل قيام الولى بالأمور المتعلقه بالصغير حكم الهى. كما جعل الولايه للحاكم بالنسبه إلى الغائب حيث يحكم عليه بعد تماميه مقدماته و يكون الغائب على حجته إذا حضر، فالصغير مثله فهو على حجته إذا بلغ.

هنا كله إذا أقر بالعين لمعين بمختلف صوره.

لو كان المقر له مجهولا

قال المحقق: «اما لو أقر المدعى عليه بها لمجهول لم تندفع الخصومه و الزم البيان» .

أقول: لو أقر بها لمجهول أخذ الحاكم العين من المقر من باب الولايه، فإن كان للمدعى بينه أعطاها إياه و الا بقيت فى يد الحاكم، و هل يلزم البيان؟ قال به المحقق، و فى الجواهر: «لا لأنه ينافى الإقرار الأول، قلت: إلا إذا عين المقر له فى المره الثانيه مدعيا النسيان فى المره الاولى.

و لو قال المدعى للعين: هى وقف عليّ و أقربها من هى فى يده لاخر و صدّقه الأخر فقد عرفت انصراف الخصومه عمن هى فى يده الى المقر له، لكن هل للمدعى إحلاف من كانت بيده على نفى العلم؟ فى المسالك وجهان. «من حيث ان المدعى قد اعترف بالوقف و الوقف لا يتعارض عنه، و من انه مضمون بالقيمه عند الإتلاف، و الحيلوله فى الحال كالإتلاف، و هذا أقوى» .

(المسأله الرابعه)

(لو وقع الاختلاف فی العقد الواقع)

قال المحقق قدس سره: «إذا ادعی أنه آجره الدابه و ادعی آخر أنه أودعه إیاها تحقق التعارض مع قیام البینتین بالدعویین و عمل بالقرعه مع تساوی البینتین فی عدم الترجیح» .

أقول: انه و ان کان النزاع بین الرجلین حول العقد فی الظاهر فیدعی هذا بأنه قد آجره الدابه و یدعی ذاک بأنه أودعه مثلا إیاها، لکن النزاع فی الحقیقه هو فی الملک، للثمره الواضح ترتبها من هذه الناحیه علی دعوی کل واحد منهما، و بالنظر الی ذلک ذکر المحقق قدس سره هذه المسأله فی مسائل الاختلاف فی الاملاک (۱).

و ما ذکره المحقق قدس سره هو أحد الصور الأربع المتصوره فی هذه المسأله.

و الصوره الثانیه: أن تکون العین بید شخص و هو یقر بأنها لیست ملکا له، غیر أنه ینازع المالک فیقول قد آجرنی إیاها و یقول المالک: قد أودعته إیاها.

أو یدعی المالک الإجاره و ذو الید العاریه. فإن کانت مستأجره ملک الشخص منفعتها

فی المـده المعینه دون ما إذا کانت ودیعه، لکن یترتب علی کونها مسـتأجره لزوم دفع بـدل الإیجار إلی المالک. و هـذه الصوره من الاختلاف فی العقود و ان کان لهذا النزاع ثمره مالیه.

و الصوره الثـالثه: ان یتنـازع اثنـان حول عین یقران بکونها لثالث فیقول أحـدهما: قـد آجرنی إیاها و یقول الآخر: قـد اسـتودعنی إیاها.

و الصوره الرابعه: أن یتنازعا فیقول أحدهما: أنها لزید و قد آجرنی إیاها و یقول الآخر: انها لعمرو قد استودعنی إیاها.

فـالحکم فی الصوره الأـولی التی ذکرها المحقق قـدس سـره هو ما ذکره من أنه ان کان لأحـدهما بینه حکم له، و ان أقاماها معا فان ترجحت إحداهما علی الأخری بسـبب من أسباب الترجیح-علی ما تقدم من الکلام علیها-حکم لها و الا فالقرعه، فمن خرج اسـمه حلف و أخذ، و ان نکل حلف الآخر، فان نکلا فالحکم هو التنصـیف للعین ان کانت قابله له، و الا فهما شریکان فیها علی النصف.

و فی الصوره الثانیه یتحقق التداعی بین المالک و المتصـرّف، فان کان لأحدهما بینه حکم له، و ان کانت لکلیهما، فان ترجحت إحداهما علی الأخری فهو و الا تعارضتا و تساقطتا، و حینئذ تقسم منفعه العین بینهما نصفین و یقسم مال الإجاره بینهما کذلک.

و ربما یجعل المالک فی هـذه الصوره ذا الیـد و بینه المتصـرف خارجا فیبتنی الأمر علی حجیه بینه الداخل، فعلی القول بها تقدم بینه ذی الید-المالک-و علی القول الآخر تقدم بینه المتصـرف، فلا تکون الصوره من قبیل التداعی حتی ینتهی الأمر إلی القرعه، و قد یحتمل کون المتصرف ذا ید لکونها بیده الآن و یبتنی الأمر علی تقدیم بینه الداخل و الخارج کذلک.

و هکذا یکون طریق فصل الخصومه فی الصورتین الباقیتین لأنهما من مصادیق التداعی کذلک.

ص:۱۸۲

(المسأله الخامسه)

(حکم ما لو کان شیء فی ید انسان و ادعی احد کونه له سابقا و أقام بینه)

قال المحقق قدس سره: «لو ادعی دارا فی ید انسان و أقام بینه أنها کانت فی یده أمس أو منذ شهر، قیل: لا تسمع هذه البینه.

و کذا لو شهدت له بالملک أمس.

لأن ظاهر الید الآن الملک فلا تدفع بالمحتمل.

و فیه اشکال، و لعل الأقرب القبول» .

أقول: لو ادعی دارا مثلا فی ید انسان و أقام المدعی بینه أنها کانت فی یده أمس أو منذ شهر، أو کانت فی ملکه أمس مثلا، فهل تسمع البینه؟ قولان، و قد استدل للعدم بوجهین.

الأول: ان الید اماره علی الملکیه الفعلیه لصاحبها، و بینه المدعی تشهد بالید و الملک السابقین، و لا ریب فی تقدم الاماره الفعلیه علی الاماره القائمه علی الملکیه السابقه، و بعباره أخری: الید الفعلیه المشاهده بالعیان حیث نری العین فی هذه الید ظاهره فی الملکیه الفعلیه لصاحبها، و مقتضی الید السابقه هو احتمال الفعلیه لصاحبها، و لا یدفع الظهور المذکور بالمحتمل.

و أجیب بأن الید الفعلیه و ان کانت دلیل الملک الفعلی، لکن الید السابقه

المستصحبه و الملک السابق المستصحب أولی، لمشارکه تلک الید لهذه فی الدلاله علی الملکیه الفعلیه، و انفرادهما بالزمن السابق بلا معارض، فیکونان أرجح من هذه الید، الا أن تقوم الحجه الشرعیه علی انتقال العین الیه بطریق شرعی، نظیر ما إذا أقر بکون الشیء الذی بیده ملکا لزید أمس و ادعی کونه له الیوم، فإنه یجب علیه إقامه الحجه الشرعیه علی انتقاله الیه من زید، بطریق شرعی صحیح، و کذا لو أقر بکونه مدینا لزید بکذا من المال ثم ادعی أداء الدین مثلا کان علیه إقامه الحجه علی الأداء.

و فی المقام یکون حکم بینه المدعی حکم إقرار المدعی علیه، فیجب علی ذی الید المدعی علیه إثبات شرعیه یده علی العین، و الا- تقدمت بینه المدعی بضمیمه الاستصحاب علی یده، فلیس المورد من مقابله المحتمل للمقطوع حتی یقال بأنه لا یدفع المقطوع بالمحتمل.

و الثانی: انه ان کان مدعاه هو الملکیه أو الید أمس فلا تسمع، و ان کان الملکیه أو الید الیوم فإن شهاده بینته غیر مطابقه لدعواه، لأنها تشهد بالید و الملک أمس، و البینه غیر المطابقه للمدعی غیر مسموعه.

و أجیب بأن الحکم باستصحاب الید و الملک السابقین الی الیوم یوجب المطابقه بین الدعوی و الشهاده، فإن هذه الشهاده بضمیمه عدم العلم بالناقل الشرعی شهاده بالملکیه الفعلیّه و هی مسموعه.

و بالجمله: ان کانت الشهاده بملکیه أمس شهاده بملکیه الیوم فهو، و الا فإن الاستصحاب الموجود یفید بقاء مدلول الشهاده، و حینئذ یقع البحث فی تقدم هذا الاستصحاب علی الید أو معارضته لها، لأنه أصل و هی أماره، و قد یخدش فی الیقین السابق فیختل الاستصحاب، فأن یقال-کما عن کشف اللثام- بأنه البینه لیست کاشفه عن الواقع کالإقرار، فلیس مفادها هنا الملکیه الواقعیه حق تستصحب الی الیوم، لکنه کما تری، لأن البینه حجه شرعیه إذا، أقیمت بشرائطها

الغى احتمال الخلاف و أفادت ما يفيد اليقين، فالحاله السابقه للاستصحاب متحققه، كما لا يلتفت الى احتمال عدم كون اليد السابقه يد ملك لو شهدت البينه بكون العين بيد المدعى أمس.

فظهر أن محط الكلام هو الخلاف فى تقدم الاستصحاب على اليد و عدمه، و المختار هو الأول، و بيان ذلك: أنه و ان كانت اليد مقدمه على الاستصحاب فى موارد كثيره و لكن لا يوجد بأيدينا إطلاق يقتضى تقدمها عليه على كل حال، بل ان اليد الفعليه المسبوقه بالأخرى المستصحبه-أو المسبوقه بالملك المستصحب- يد ضعيفه عند العقلاء لا تصلح لمقاومه هذا الاستصحاب فضلا عن التقدم عليه، و لذا يفرق العقلاء بين الدعوى على ذى اليد و بين الدعوى على يد مسبوقه بيد أخرى، ففى الصوره الثانيه يسقطون اليد عن الاعتبار و لا أقل من انهم يطالبون صاحبها بإقامه الحجه على انتقال العين اليه بطريق شرعى صحيح.

و بتقريب آخر: ان اللازم الشرعى للمكيه السابقه التى أثبتها البينه بقاء تلك الملكيه حتى يعلم المزيل الشرعى له و الناقل الشرعى للعين، فإذا شهدت البينه بملكيه أمس كان لازمها الملكيه الفعليه لو لا الانتقال، و قد عرفت ان الاستصحاب ينفى الناقل، فتكون بينه المدعى مسموعه و متقدمه على يد المتصرف.

هذا و فى المستند: «لو تعارضت اليد الحاليه مع الملكيه السابقه أو اليد السابقه ففى تقدم الحاليه أو السابقه قولان، كل منهما عن الشيخ فى كل من المبسوط و الخلاف، و تبعه على الأول جماعه و لعلهم الأكثرون و منهم من المتأخرين الكفايه و المفاتيح و شرحه و بعض فضلائنا المعاصرين.

و على الثانى الشرائع و يظهر من الإرشاد الميل اليه. و يظهر من التحرير وجه ثالث و هو التساوى» ثم أورد أدله الأقوال ثم قال: «و التحقيق ان اقتضاء اليد للملكيه يعارض استصحاب الملكيه، فلا يبقى لشىء منهما حكم، و لكن أصل اليد لا يعارضه شىء و هو باق بالمشاهده و العيان، و الأصل عدم التسلط على انتزاع العين

من یـده و لا ـ على منعه من التصـرفات التى کـان له فیهـا حتى بیعها و إجارتها، إذ غایه الأمر عـدم دلیل لنا على ملکیته و لکن لا دلیـل على عـدم ملکیته أیضـا، و أصـاله عـدم الملکیه بالنسـبه الیه و الى غیره سواء مع ثبوت أصـل الملکیه، فلا یجرى فیه ذلک الأصـل أیضا، مضافا الى إمکان حصول هـذه التصـرفات کلا أو بعضا بالتوکیل و الإجاره و الولایه و الاذن و غیرها، فیبقى أصاله عـدم التسـلط و أصاله جواز تصـرفاته خالیه عن المعارض، و الى هـذا یشـیر کلام من قال ان احتمال کون الیـد الثانیه بالعاریه أو غیرها لا یلتفت الیه مع بقاء الید على حالها، فان المقصود الأصـلى من اعمال الید هو إبقاء تسلطها على ما فیها و عدم جواز منعها من التصـرفات کیف شـاء بسـبب احتمال الغصب أو العاریه أو غیرهما، فیحکم علیها بما یحکم على ملک الملاک، و لیس هـذا معنى الحکم بأنه ملک انتهى کلامه رفع مقامه.

فان قیل: کما ان الملکیه أو الید السابقه یقتضـى استصـحاب الملکیه کذلک یقتضـى استصـحاب تسـلط المالک الأول و الحاکم على منع ذى الید عن التصرفات أیضا و به یندفع أصاله عدم التسلط.

قلنـا: لیس تسـلط الأـول کـالملکیه التى إذا حـدثت یحکم لهـا بالاسـتمرار حتى یثبت المزیـل، بل هو مما یمکن تقییـده بقیـد، و المعلوم من التسـلط الاولى هو تسـلطه ما دام یحکم له بالملکیه و یعلم له الملکیه، فالمعلوم ثبوته أولا لیس الا ذلک المقید، فبعد انتفاء الحکم بالملکیه و العلم بها ینتفى القید و یتغیر الموضوع.

ثم انه کما ان نفس الید المشاهده الحالیه و مقتضـیاتها سوى الملکیه لا معارض لها فکذلک أیضا کون البینه على غیر ذى الید و کون من یـدعیه مطالبـا بـالبینه و ذى الیـد بـالیمین إذا لم یخرج خـارج الیـد عن صـدق المـدعى عرفـا و لا ـ صـاحبهـا عن المنکر کـذلک، فیـدل على کون وظیفه الأـول الـبینه و الثـانى الیمین قولهم: البینه على المـدعى و الیمین على من أنکر. و روایه فـدک المتقدمه.

فیکون البینه على الملک السابق و الیمین على ذى الید و لا یمنع ذو الید

من شیء من التصرفات، و لیس المطلوب من ترجیح الید الحالیه غیر ذلک أیضا.

مع انه یمکن جعل هذین الأمرین دلیلا برأسه علی الملکیه أیضا بالإجماع المرکب یسقط به الاستصحاب بالمره لعدم صلاحیته لمعارضه الدلیل مطلقا» .

و قد أورد السید فی العروه محصل هذا الکلام و اعترض علیه بوجوه:

الأول: انه فی بیان المعارضه عبر بقوله: ان اقتضاء الید للملکیه یعارض استصحاب الملکیه.

مع ان المعارضه بین نفس الید و الاستصحاب لکن من حیث حکمهما، لا بین حکم الید و نفس الاستصحاب، فلا وجه للتعبیر المذکور.

و الثانی: انه إذا سقط حکم الید فتکون کالعدم و حال ذیها و غیره سواء، فلو أراد المدعی ان یتصرف فیها لا یجوز لذی إلیه منعه، لأن الأصل عدم تسلّطه علی ذلک.

قلت: فیکون الحاصل انه لیس لکل منهما منع الآخر من التصرف، فتکون العین کالمباحات التی من سبق إلی شیء منها کان له. نعم لیس لثالث أخذها، و لهما منعه من ذلک.

و الثالث: بعد عدم الحکم للید و عدم کونها دلیلا علی الملکیه کیف یجوز للغیر ان یشتری منه أو یستأجر أو یقبل منه و نحو ذلک من التصرفات الموقوفه علی الملک؟ مع انه لیس وکیلا- و لا- ولیا و لا مأذونا من قبل المالک، لان المفروض انه یدعی الملکیه لا الوکاله أو الولایه أو نحوهما، فلا ینفع جواز هذه التصرفات من هذه الأشخاص فی جوازها له و لمن یشتری منه مثلا.

و الرابع ما ذکره من أن تسلط المالک السابق علی منع الغیر مقید ببقاء الید ممنوع، بل هو کالملکیه فی عدم التقید باستمرار الید.

و الخامس: لا نسلم صدق المنکر علیه بعد سقوط حکم یده.

قلت: لیس الشرط فی صدق «المدعی» عدم المعارض عند العرف، فالمدعی

عندهم من لو ترک ترک، و هذا صادق على صاحب البينه هنا، و «المنكر» صادق على ذى اليد.

و قال العلامه فى القواعد فى هذه المسأله: «و لو شهد انه كان فى يد المدعى بالأمس قبل و جعل المدعى صاحب يد.

و قيل: لا يقبل لان ظاهر اليد الآن الملك فلا يدفع بالمحتمل» أى: ان اليد لها ظهور فى الملك الفعلى، لكن لأكل يد بل اليد غير المسبوقه بالعدوانيه مثلا، و ذلک لان حجيه اليد-كما ذكرنا-مستنده الى بناء العقلاء مع إمضاء الشارع، و تشهد بذلک روايه حفص بن غياث (۱)، و العقلاء لا يعاملون اليد التى هذه حالها معامله المالک الفعلى، بل يقدمون استصحاب الحاله السابقه و يحكمونها على هذه اليد الى أن يثبت الناقل الشرعى.

فهذه عباره القواعد فى المسأله. و قد قال سابقا: «و لو شهدت البينه بأن الملک له بالأمس و لم تتعرض للحال لم تسمع، الا ان تقول: و هو ملكه فى الحال أو لا نعلم له مزيلا. و لو قال: اعتقد انه ملكه بالاستصحاب ففى قبوله إشكال، اما لو شهد بأنه أقر له بالأمس ثبت الإقرار و استصحب موجبه، و ان لم يتعرض الشاهد للملک الحالى. و لو قال المدعى عليه: كان ملكک بالأمس انتزع من يده فيستصحب بخلاف الشاهد فإنه عن تخمين، و كذا يسمع من الشاهد لو قال: هو ملكه بالأمس

اشتراه من المـدعى عليه، أو أقر له المدعى عليه بالأمس، لأنه استند الى تحقيق» قلت: الفرق المذكور بين البينه و الإقرار لا ريب فيه، و لكن لا أثر له بالنسبه إلى الملكيه الفعليه، فإنه لا بد من اجراء الاستصحاب لإثباتها سواء كان اليقين السابق حاصلا بالبينه التى هى عن تخمين أو بالإقرار الـذى هو عن تحقيق، و إذا جرى الاستصحاب لتماميه أركانه تقـدم على اليـد من دون فرق بين البينه و الإقرار.

و كـذا الأمر لو علم الحاكم بكونها للمـدعى أمس، فاليقين السابق متحقق فله اجراء الاستصحاب و أخـذ العين من المـدعى عليه حتى يثبت الناقل الشرعى.

و لعل السر فى اختلاف كلمات الأصحاب فى هذا المقام هو اختلافهم فى الاستظهار العرفى، لما تقدم من ان مبنى حجيه اليد هو السيره العقلائيه و بناء أهل العرف، و الحق ان كاشفيه اليـد فى هـذه الحاله التى قام الاستصحاب فى مقابلها ضعيفه عرفا و الاستصحاب هو المحكم فدعوى المدعى مسموعه.

و فى المسالك بعد أن ذكر القولين و مختار المحقق منهما و دليله قال: «و قد تقدم البحث فيه، و الفرق بين هذه و السابقه الموجب لإعاده البحث أن المعارضه فى هذه بين اليد المتحققه و السابقه الثابته بالبينه و الملك السابق كذلك، و السابقه وقع فيها التعارض بين البينتين الداله إحداهما على اليد فى الحال مع عدم ظهورها فى غيره، و الأخرى على الملك السابق، فلا تعرض فيها للمعارضه بين اليد السابقه و الحاليه، و قد تأكد من إطلاقه الحكم هنا و فى السابقه تقديم الملك القديم بغير تقييد بكونه إلى الان أو عدم المزيل أن اضافه ذلك غير شرط، و الأصح اشتراط اضافه ما يعلم منه أن الشاهد لم يتجدد عنده علم الانتقال، لما بيناه من عدم المنافاه بين علمه بالملك و شهادته به مع انتقاله عن المالك الآن» .

قلت: ليس ما ذكره وجه الفرق بين المسألتين، فهناك يتعرض كلتا البينتين للملكيه الفعليه و يتعارضان فيتساقطان و يكون استصحاب الملكيه السابقه جاريا بلا معارض، و هنا اليد معارضه مع الاستصحاب. فحاصل الفرق عدم المعارض

للاستصحاب فی تلک المسأله، و تحقق التعارض بین الید و الاستصحاب فی هذه.

و اما الإقرار فلو أقر ذو الید بکون العین للمدعی أمس فإنه یطالب بإثبات شرعیه یده الفعلیه علیها، و أما إذا أخذت العین منه بإقراره و دفعت الی المدعی ثم وجدت فی الیوم التالی مثلا- بیده فلا یؤخذ بإقراره السابق، نعم لو شک فی صحه یده الآن استصحب عدم الناقل الشرعی.

قال المحقق قدس سره: «أما لو شهدت بینه المدعی ان صاحب الید غصب أو استأجره حکم بها لأنها شهدت بالملک و سبب ید الثانی» .

أقول: لو شهد الشاهدان علی ان ذا الید قد غصب العین أمس من زید فإنه مع الشک فی تبدل یده الیوم الی ید شرعیه یستصحب کونها عدوانیه فتسقط یده الفعلیه عن الاعتبار، لان الید التی لم یثبت شرعیتها لیست أماره للملکیه.

قال: «و لو قال: غصبنی إیاها و قال آخر بل أقر لی بها و أقاما البینه قضی للمغصوب منه و لم یضمن المقر، لأن الحیلوله لم تحصل بإقراره بل بالبینه» التی أقامها الأخر و ان کانت بزعم هذا ظالمه، و الحکم فی هذه المسأله واضح، و لا خلاف فیه علی ما فی الجواهر.

ص:۱۹۰

الکلام فی:الاختلاف فی العقود

اشاره

ص:۱۹۱

مقدمه:

تـاره يكون الاختلاف فى الأجره، و هو تاره فى أصل الأجره كأن يقول المؤجر: آجرتک الـدار بمأه دينار، فيقول المسـتأجر: بل بمأه درهم، و أخرى فى قـدرها كأن يقول الموجر: آجرتک بمأه دينار فيقول المسـتأجر: بل بخمسـين و على التقـديرين: فاما أن يعـد ما البينه أو يجـداها أو يجـدها أحـدهما خاصه، فهـذه ست صور، و على جميع التقادير فالاختلاف أما أن يكون بعد استيفاء المستأجر المده أو فى أثنائها أو ابتدائها فتكون الصور حينئذ ثمان عشره صوره.

و اخرى يكون الاختلاف فى العين المستأجره، و هو تاره فى ذات العين كأن يقول الموجر: آجرتک هذه الدار، فيقول المستأجر: بل تلك الـدار، و اخرى يكون فى العين من حيث الزياده و النقيصه، كأن يقول الموجر: آجرتک هـذه الـدار الا هذا البيت منها، فيقول المستأجر: بل الدار كلها، و تنتهى الصور حينئذ إلى العدد المذكور فى الاختلاف فى الأجره.

و ثالثه يكون الاختلاف فى المده، و هو تاره فى زمانها زياده و نقيصه، كأن يقول المؤجر: آجرتک الدار شهرا، فيقول المستأجر: بل أربعين يوما، و اخرى فى ابتـدائها كأن يقول الموجر: آجرتک الـدار من أول شـهر شـعبان فيقول المسـتأجر بل من أول شـهر رمضان. و تنتهى الصور هنا أيضا الى العدد المذكور. إذا عرفت هذا فنقول:

ص:١٩٣

حكم الاختلاف فی الأجره و لا بینه:

إذا اتفقا علی استیجار دار معینه شهرا معینا و اختلفا فی مقدار الأجره و قد عدما البینه، فالمشهور علی أن القول قول المستأجر بیمینه سواء کان الاختلاف بعد الاستیفاء أو فی أثنائه أو فی ابتدائه، بل عن التذکره، نسبه هذا القول إلی علمائنا.

و عن الشیخ فی المبسوط القول بالتحالف، و قد تبعه علیه بعض المتأخرین کما فی الجواهر و المسالک.

و وجه ما ذهب الیه المشهور هو: أن المستأجر منکر للزائد الذی یدعیه علیه الموجر مع اتفاقهما علی ثبوت ما یدع المستأجر، و إذ تحقق عنوان المدعی علی الموجر و المنکر علی المستأجر دخلا فی عموم الخبر (۱)فان حلف المستأجر کان القول قوله و سقطت دعوی الموجر، و ان نکل حکم للموجر علی قول:

و ردت الیمین علی المؤجر فإن حلف أخذ و ان نکل کذلک سقطت الدعوی علی قول آخر.

و وجه ما ذهب الیه الشیخ فی المبسوط هو: ان المورد لیس من مصادیق المدعی و المنکر، بل ان کلا منهما مدعی و مدعی علیه، لان ذاک یدعی وقوع العقد علی المأه و ینکر وقوعه علی الخمسین و هذا یدعی وقوعه علی الخمسین، و ینکر وقوعه علی المأه و العقد المتشخص بالمأه غیر العقد المتشخص بالخمسین، فقول کلیهما موافق للأصل، فتجب الیمین علی کلیهما، فإذا تحالفا أو امتنعا عن الیمین انفسخ العقد، و رجع المؤجر بأجره المثل (۲)للمنفعه المستوفاه

كلا-ان كان الاختلاف بعد استيفاء المده-أو بعضا ان كان فى أثنائها، و الا كما إذا كان فى ابتدائها فلا شىء للموجر، و قيل بل يحكم بتنصيف الزياده، و ان حلف أحدهما و امتنع الأخر ثبتت دعواه و سقطت دعوى الأخر.

و كيف كان فان مختار الشيخ فى المبسوط هو التحالف، و قد ضعفه فى المسالك «بان العقد لا نزاع بينهما فيه و لا فى استحقاق العين المؤجره للمستأجر و لا فى استحقاق المقدار الذى يعترف به المستأجر، و انما النزاع فى القدر الزائد فيرجع فيه الى عموم الخبر.

و لو كان ما ذكروه من التوجيه موجبا للتحالف لورد فى كل نزاع على حق مختلف المقدار، كما لو قال: أقرضتك عشره فقال: لا بل خمسه، فان عقد القرض المتضمن لأحد المقدارين غير العقد المتضمن للآخر، و كما لو قال أبرأتنى من عشره من جمله الدين الذى علىّ، فقال: بل من خمسه، فان الصيغه المشتمله على إسقاط أحدهما غير الأخرى، و هكذا القول فى غيره، و هذا مما لا يقول به أحد.

و الحق ان التحالف انما يرد حيث لا يتفق الخصمان على قدر و يختلفان فى الزائد عنه، كما لو قال الموجر: آجرتك: الدار شهرا بدينار، فقال: بل بثوب، أو قال: آجرتك هذه الدار بعشره، فقال: بل تلك الدار، و نحو ذلك، اما فى المتنازع فالقول المشهور من تقديم قول المستأجر هو الأصح» .

قلت: و مثل الإبراء هو الأداء، فلو اختلفا فى المقدار الذى أداه المدين إلى الدائن زياده و نقيصه كان النزاع فى القدر الزائد فيرجع فيه الى عموم الخبر كذلك، فملاك الدخول تحت عموم الخبر المشار اليه هو ان يكون بين المتخاصمين اتفاق

على قدر ثم يختلفان فى الزائد عن ذلک المقدار، و اما إذا لم يکن اتفاق منهما على قدر فهناک التحالف.

لکن المتجه عند صاحب الجواهر هو النظر الى مصب الدعوى، فان کان النزاع فى تشخص العقد الذى هو سبب اشتغال الذمه فهناک التحالف إذا لا فرق فى مشخصات العقد بين زياده الثمن و نقصانه و بين غير هذين الأمرين من المشخصات و ان کان النزاع بينهما فى طلب الزائد من أحدهما و إنکاره من الأخر کان من قبيل المدعى و المنکر.

و بعباره أخرى: تاره يکون الاختلاف فى کيفيه وقوع العقد الموجب لاشتغال الذمه، و اخرى يکون فى المقدار الذى اشتغلت به الذمه، ففى الأول -کما لو قال الموجر قد وقع العقد على المأه، و قال المستأجر على الخمسين- التحالف، و فى الثانى کما لو قال المؤجر: أجرتک الدار بمأه فقال المستأجر بل بخمسين -يکون الموجر مدعيا و المستأجر منکرا.

ثم انه فرق بين النزاع فى مال الإجاره و بين النزاع فى القرض و الإبراء و نحوهما، ففى القرض مثلا: ان أقرض المأه فقد أقرض الخمسين التى فى ضمن المأه، لان قوله: أقرضتک المأه ينحل الى الدنانير بعددها، بخلاف الإجاره فلا انحلال لصيغتها بعدد الدنانير المفروضه بدلا للايجار، نعم ينحل بنحو آخر فيکون معنى آجرتک الدار بمأه: آجرتک نصف الدار بخمسين و ربعها بخمسه و عشرين دينارا. و هکذا. کما ان التحالف يتصور فى القرض لو اختلفا فى کيفيه وقوع صيغته، کما إذا قال أحدهما: وقع العقد على المأه و قال الأخر على الخمسين لکن نتيجه الاختلاف هو الاختلاف فى المقدار.

فان کان مورد النظر فى الدعوى العقد فالتداعى و التحالف و ان کان مورد النظر المقدار الذى اشتغلت به الذمه فالمدعى و المنکر، و بذلک يمکن عود النزاع لفظيا کما اعترف به صاحب الجواهر.

ص:١٩۶

قلت: و الاولى ان نجعل العرف المرجع فى تشخيص الدعوى، و الظاهر كما ذكر فى الجواهر فى مسأله الاختلاف فى قدر الثمن بقطع النظر عن النص الخاص الوارد هناك-ان نظر العرف فى مورد الاختلاف من حيث الزياده و النقيصه سواء فى مال الإجاره أو العين المستأجره إلى الأثر المالى المترتب على النزاع فهم يجعلون من يريد أخذ شىء من طرفه مدعيا و الأخر مدعى عليه، و ليس نظرهم إلى كيفيه صدور العقد و وقوعه، فيكون من قبيل المدعى و المنكر.

و بعباره اخرى: ان أهل العرف يرجعون الدعاوى إلى المال و ما يتعلق به، فيجعلون من يريد جرّ المنفعه إلى نفسه مدعيا و من يريد دفع الضرر عن نفسه منكرا و أما النزاع فى كيفيه وقوع العقد فهو نزاع علمى و ليس للعرف فيه مجال.

و لعل ما ذكرنا هو وجه التأمل فى تأييده كون كل منهما مدعيا عند العرف الذى أمر به صاحب الجواهر، و قد ذكرنا انه رحمه اللّه قال بما ذكرنا فى مسأله الاختلاف فى الثمن لو لا النص الخاص فيه.

و عن الشيخ فى المسأله قولان آخران:

أحدهما ما عن موضع من الخلاف و هو القول بالقرعه مع اليمين، قال فى الجواهر: و لعله لإشكال الحال عليه فى أنه من التداعى أو من المدعى و المنكر، لكن قد عرفت ان المرجع هو العرف و الأمر عند أهل العرف فيه واضح.

قال: و لم يتعرض الشيخ لما إذا نكلا معا بعدها، فهل تقسم الزياده بينهما أو يوقف الحكم؟ وجه الأول هو أن ذلك مقتضى الحكم بالعدل كما ذكرنا سابقا فى مسأله العين التى وقع النزاع عليها و ليس لأحدهما يد.

لكن فيه ان مورد نصوص التنصيف هو العين كما عرفت هناك، و لا وجه لاسراء الحكم من العين الى الدين و كونه مقتضى الحكم بالعدل محل تأمل.

و أما توقيف الحكم فان كان النزاع فى ابتداء المده فلا بأس و تكون النتيجه

انفساخ العقد، و أما مع استيفاء المده بعضا أو كلا فلا يمكن القول به كما هو واضح.

قال فى الجواهر: و قد يقال مع الاستيفاء بوجوب دفع أقل الأمرين من أجره المثل المفروض كونها أقل مما يدعيه الموجر و من المسمى الذى يدعيه المستأجر على الثانى.

قلت هذا غير واضح، لانه قد يكون المسمى الذى يدعيه المستأجر أكثر من أجره المثل، فلا بد من أن يؤخذ بمقتضى إقراره.

قال: و يحتمل القرعه بلا يمين أقول: وجهه ما عرفت من اشكال الحال و اما عدم اشتراط اليمين فلخلو بعض أخبار القرعه عنه، لكن قد عرفت انه لا إشكال فى المقام بعد الرجوع الى العرف.

و الثانى: ما عن موضع من المبسوط، حيث فرق بين وقوع النزاع قبل انقضاء المده و بعده، و حكم بالتحالف فى الأول و تردد فى الثانى بين القرعه و بين تقديم قول المستأجر.

قلت: و لعل منشأ التردد فى الصوره الثانيه بين القرعه التى قال بها فى الخلاف و التى عرفت وجهها و بين تقديم قول المستأجر هو ما ذكرناه من نظر العرف، لكن قد عرفت انه مع ملاحظه نظر العرف لا يبقى إشكال فى تقديم قول المستأجر مطلقا.

و مما ذكرنا يظهر الحكم فى كل اختلاف يرجع الى الزياده و النقيصه و تحقق فيه نظر أهل العرف. هذا كله فيما إذا عدما البينه.

حكم الاختلاف فى الأجره مع البينه

قال المحقق قدس سره: «إذا اتفقا على استيجار دار معينه شهرا معينا و اختلفا فى الأجره و أقام كل منهما بينه بما قدره، فان تقدم تأريخ إحداهما

ص:۱۹۸

عمل به لأن الثانی یکون باطلا، و ان کان التاریخ واحدا تحقق التعارض، إذ لا یمکن فی الوقت الواحد وقوع عقدین متنافیین، و حینئذ یقرع بینهما و یحکم لمن خرج اسمه مع یمینه.

هذا اختیار شیخنا فی المبسوط.

و قال آخر: یقضی ببینه المؤجر، لأن القول قول المستأجر لو لم تکن بینه، إذ هو یخالف علی ما فی ذمه المستأجر فیکون القول قوله، و من کان القول قوله (۱)کانت البینه فی طرف المدعی، و حینئذ نقول: هو مدع زیاده و قد أقام البینه علیها فیجب أن تثبت.

و فی القولین تردد» .

أقول: إذا کان لکل واحد من الموجر و المستأجر بینه بما یدعیه فتاره یتقدم تاریخ احدی البینتین للعقد و اخری یکون التاریخ واحدا.

فان کان الأول کأن قالت إحداهما: قد وقع العقد فی شهر رمضان و قالت الأخری: قد وقع فی شهر شوال عمل بالمتقدم و بطل المتأخر لأنه یکون عقدا علی معقود علیه من المتعاقدین کما کان و هو باطل.

و ان کان الثانی-و هو اتحاد تاریخهما-أو کانت البینتان مطلقتین أو کانت إحداهما مطلقه و الأخری مؤرخه و لیس فی إحداهما مرجح من المرجحات المذکوره سابقا تحقق التعارض بین القولین، إذ لا یمکن فی الوقت الواحد وقوع عقدین متنافیین، و فی هذه الصوره قولان.

فالأول: هو القول بالقرعه مع الیمین، و هو للشیخ فی المبسوط، فمن خرج اسمه یحکم له مع یمینه، سواء کان المؤجر أو المستأجر، للنصوص الصریحه الداله علی ذلک (۲)، فان نکل الذی خرج اسمه عن الیمین احلف الآخر فان حلف

حکم له، و ان نکل فالوجوه المتقدمه من التنصیف أو وجوب دفع أقل الأمرین أو توقیف الحکم مع ما عرفت من الکلام فیها.

و الثانی: هو القضاء ببینه المؤجر و هو لابن إدریس و أکثر المتأخرین لما تقـدم من أن قول المسـتأجر یتقدم فی حال عدم البینه، و حیث أن البینه موجوده فإنها تسـمع من الطرف الآخر و هو الموجر، و الموجر یـدعی انه قـد آجر الدار بمأه و قد أقام البینه بها، فیجب أن تثبت الخمسین الزائده، بناء علی حجیه بینه الخارج دون الداخل کما هو المختار.

و اما بناء علی حجیه بینه الداخل و الخارج معا فإنهما تتعارضان و تتساقطان فتعود الصوره کما لو عدماها.

ص:۲۰۰

حكم الاختلاف فی العین المستأجره و لا بینه.

قال المحقق قدس سره: «و لو ادعی استئجار دار فقال الموجر: بل آجرتک بیتا منها، قال الشیخ: یقرع بینهما، و قیل: القول قول الموجر، و الأول أشبه لأن کل واحد منهما مدع.» أقول: هذه صوره الاختلاف فی العین المستأجره، فتاره یختلفان فی ذاتها کأن یقول الموجر: آجرتک هذه الدار فیقول المستأجر: بل تلک، فلا إشکال فی أن کلا منهما مبدع و الحکم فیه التحالف، و اخری یختلفان فیها زیاده، و نقیصه، کأن یدعی المستأجر استئجار الدار کلها فیقول الموجر. بل آجرتک بیتا منها، ففی هذه الصوره قولان أو ثلاثه، فعن الشیخ قدس سره: یقرع بینهما نحو ما تقدم فی المسأله السابقه أو یتحالفان علی قوله الآخر، لکن المختار هو أن الموجر هو المنکر لان قوله موافق للأصل فعلیه الیمین، فان حلف ثبت قوله و إلا جاء فیه التفصیل المتقدم.

أما المحقق قده فقد اختار هنا القول الأول و هو القرعه مع تردده فی المسأله السابقه قال «لان کل واحد منهما مدع» لکن تعلیله یقتضی التحالف لا القرعه.

حکم الاختلاف فی العین المستأجره مع البینه.

هذا کله مع عدم وجود البینه للمستأجر المدعی، فان کان واجدا لها و أقامها حکم له.

قال المحقق قدس سره: «و لو أقام کل منهما بینه تحقق التعارض مع اتفاق التاریخ» أو إطلاقها أو إطلاق إحداهما، و إذا تحقق التعارض بینهما بالتساوی عددا و عداله و التأریخ واحد تساقطا و کان المرجع القرعه، هذا بناء علی حجیه بینه الداخل کالخارج، و أما بناء علی المختار من عدم حجیه بینه الداخل فان بینه المستأجر هی المسموعه و یحکم له علی طبقها کما لو عدم الموجر البینه.

و فی کشف اللثام: «و یحکم بالقرعه مع الیمین، فان نکلا فالظاهر أن

ص:۲۰۱

البيت لما اتفقا على إجارته فهو فى إجارته الى ان تمضى المده و يقتسمان الباقى نصفين و يسقط من الأجره بالنسبه. و كذا مع الاختلاف فى الزمان.» قلت: ان أراد كاشف اللثام تقسيم الباقى الى نصفين مع دفع المستأجر نصف مال الإجاره ففيه: ان كلا من الموجر و المستأجر يدعى كون الباقى كله له، لأن المستأجر يدعى أنه قد أعطى المأه مثلا فى مقابل الدار كلها، و الموجر يدعى انه قد آجر البيت فقط بمأه فيقر بعدم استحقاقه تجاه المستأجر شيئا، لكن نقول بكون البيت للمستأجر مع نصف الباقى، فإن استوفى منفعه النصف الآخر من الباقى كان عليه دفع ما يقابله، فإن أراد كاشف اللثام هذا المعنى لم يرد عليه ما أشكل عليه فى الجواهر بقوله: «ان المتجه فى الأول ثبوت الأجره مع قسمه ما فيه النزاع بالنصف نعم يتجه أجره المثل فى الأخير، لوقوع التصرف فيه بلا ـ أجره و يمكن القول هنا بالقرعه بلا يمين، لعدم تناول دليل التنصيف للفرض كما سمعته فى المسأله الثانيه بل لعله هنا أولى» .

و فى الدروس: «فان اتحد التاريخ أعملتا أو سقطتا أو أقرع مع اليمين» الظاهر ان مراده من «اعملتا» أنا ان قلنا بحجيه بينه الخارج فقط كانت بينه المستأجر هى الحجه و لا تسمع بينه المؤجر لأنه الداخل، و ان قلنا بحجيه بينه الداخل سمعت بينه الموجر، و ان قلنا بحجيه كلتيهما فقد «سقطتا» بالتعارض فتعود كما لو عدماها، و يأتى فيها الوجوه المذكوره هناك، و يحتمل وجه آخر و هو القرعه مع اليمين.

هذا كله مع اتحاد تاريخ البينتين.

قال المحقق: «و مع التفاوت يحكم للأقدم، لكن ان كان الأقدم بينه البيت حكم بإجاره البيت بأجرته و بإجاره بقيه الدار بالنسبه من الأجره» أقول: انه مع التفاوت فى التاريخ فان كان المتقدم تأريخ بينه الدار كلها بطلت اجاره البيت لما تقدم سابقا، و ان كان المتقدم تاريخ بينه البيت حكم بإجاره البيت

بالأجره المسماه و بإجاره بقيه الدار بالنسبه من الأجره لبطلان ما قابل البيت المفروض تقدم إجارته من تلك الدار و صحه البقيه، فلو كان مال الإجاره المتفق عليه مأه دينار غير أن المستأجر يدعى ان المأه اجره كل الدار و الموجر يدعى انها أجره البيت فقط المفروض كونه مساويا لنصف أجره الدار و كان المتقدم تاريخ بينه البيت يثبت على المستأجر مأه و خمسون دينارا، المأه أجره البيت ببينه المؤجر و الخمسون فى مقابل بقيه الدار ببينه المستأجر.

قال فى الجواهر: و لا ينافى ذلك خروجه عن دعواها التى هى وقوع عقد واحد منهما، و كون العوض فيه عشره، و انما الاختلاف فيما تضمنه فى مقابله العشره الدار أو البيت، لان الثابت فى الشرع حجيه بينتهما لا دعواهما، و قد اقتضتا ما عرفت، فينبغى العمل به، لاحتمال كونه الواقع و ان خرج عن دعواهما معا، كما سمعته فى تنصيف العين التى ادعى كل منهما انها له و هى فى أيديهما، و تسمعه فى غيره بل قد يقال بوجوب العمل بكل منهما و ان علم الحاكم بخروج الحاصل من مقتضى الاجتهاد فى إعمالهما عن الواقع فضلا عن دعواهما مع احتماله الواقع» .

حكم ما لو ادعى اثنان شراء دار و هى فى يد البائع

قال المحقق قده: «و لو ادعى كل منهما أنه اشترى دارا معينه و أقبض الثمن و هى فى يد البائع فضى بالقرعه مع تساوى البينتين عداله و عددا و تأريخا و حكم لمن يخرج اسمه مع يمينه» .

أقول: إذا ادعى كل منهما شراء دار معينه من مالكها و إيفاء الثمن و هى بعد فى يد البائع فإن كانا واجدين للبينه فتاره يتقدم تأريخ احدى البينتين، و حينئذ يحكم لصاحبها و يدفع الثمن للآخر، قال كاشف اللثام: «و ان أمكن أن يكون باعها من الأول ثم اشتراها ثم باعها من الثانى، لحصول الجمع بين البينتين ببيعها من الثانى و ان لم يشترها لجواز بيع ملك الغير، لكن إذا لم يجزه انفسخ و استقر عليه الثمن» و أخرى: يتفقان تأريخا فان كان فى إحداهما شىء من المرجحات فهو، و ان تساوتا

عداله و عددا أقرع بينهما و حكم لمن خرج اسمه مع يمينه، فان نكل أحلف الأخر فإن نكل كذلك قسمت الدار بينهما و رجع كل منهما بنصف الثمن.

و ان عدما البينه فهنا صور: الاولى: أن يكذب المدعى عليه-و هو صاحب الدار-كليهما، و حينئذ يحلف لكل منهما و يندفعان عنه، فان نكل فالقولان السابقان من الحكم بالنكول أو الرد ثم الحلف و الحكم. الثانيه: ان يصدق أحدهما و يكذب الأخر، فأما الذى صدقه فتسلم اليه الدار، و أما الذى كذبه فيحلف له على الإنكار، و ان نكل فالقولان، و حيث يحكم للمدعى يلزم صاحب الدار بدفع قيمه الدار اليه، كما هو الحكم فيما إذا صدق الثانى أيضا بعد تصديق الأول و تسليم الدار اليه و هل ان تصديق المدعى الأول المستتبع لدفع الدار إليه إتلاف لمال المدعى الثانى؟ ان كان الإقرار قبل القبض تلفا فإنه يكون فى مال البائع، إذ كل تلف قبل القبض فهو من مال البائع، و حينئذ لا يجب عليه الحلف للمدعى الثانى، بل بنفس التلف ينفسخ العقد. لكن الإشكال فى كون ذلك مصداقا للتلف، من جهه أن البائع ينكر أصل البيع للثانى فكيف يكون إقراره للأول إتلافا؟ و أما ما فى الجواهر «و حلف للآخر (١)ان لم نقل ان الإقرار بها قبل القبض بمنزله التلف لآفه سماويه. نعم لو قلنا ان الإقرار قبل القبض إتلاف كالافه السماويه لم يتوجه له اليمين حينئذ و ان كان هو كما ترى» ففيه: ان كل تلف قبل القبض فهو من مال البائع يشمل إتلاف البائع نفسه بل يكون حينئذ من مال البائع بالأولويه.

و كيف كان فعلى القول بعدم انفساخ العقد الثانى توجهت اليمين و اما على القول بشمول «كل مبيع.» لإتلاف البائع فالانفساخ متحقق.

لكن الصحيح هو توجه اليمين على البائع فى محل الكلام لما ذكرنا من عدم صدق الإتلاف بالإقرار مع إنكار أصل البيع.

ص:۲۰۴

الثالثه: أن يصدق كليهما معا، فالحكم حينئذ هو تنصيف الدار مع يمينهما إذ تكون كالعين الخارجيه التى وقع النزاع عليها و هى فى يد المتنازعين، لانه مع إقرار البائع لهما تكون يده بمنزله يديهما، ثم ان صدقهما فى أخذ الثمن منهما استرجع لكل واحد نصف ما دفع إليه.

الرابعه أن يصدق كل واحد فى النصف، فيحكم بالنصف لكل منهما مع حلفه له على إنكار النصف الأخر-فإن كان مقرا بأخذ كل الثمن من كل واحد وجب إرجاع النصف و الا أحلف على إنكار أخذ الكل، فان نكل و حلف المدعى أخذ منه الخامسه أن يقول: لا اعلم لمن هى منكما، فيكون إقرارا بأنها ليست له، و حينئذ تكون كالعين التى تنازع عليها اثنان مثلا و ليس لأحدهما عليها يد، و فيها أقوال: أحدها: الحكم بالتنصيف، و الثانى القرعه مع اليمين، و الثالث: القرعه بلا يمين لو امتنعا عنها أو حلفا معا.

و هل يقبل قول البائع لأحدهما؟

قال المحقق قدس سره: «و لا يقبل قول البائع لأحدهما و يلزمه اعاده الثمن على الأخر، لأن قبض الثمنين ممكن، فتزدحم البينتان فيه» أقول: و حيث تساوت البينتان و حكم لمن خرج اسمه مع يمينه فهل يقبل قول البائع لأحدهما أم لا ان كان بعد الحكم، لأنه حينئذ تزول يده و ترتفع فلا اعتبار لإقراره لكن فى كشف اللثام: «و يحتمل القبول، فيكون المقر له ذا اليد فتقدم بينته أو بينه الأخر على الخلاف» و فيه-كما فى الجواهر-أن جزم المحقق قده و غيره بعدم قبول قول البائع مبنى على ان ذلك قد كان منه بعد الحكم بمقتضى القرعه و بعد انتزاع الدار من البائع بالبينتين، فإنهما و ان اختلفتا فى تعيين المالك لكنهما متوافقتان على تحقق البيع لأحدهما و خروج الدار به عن ملك البائع، فلا وجه للاحتمال المزبور.

و على كل حال يلزم البائع إعاده الثمن على المدعى الأخر الذى لم تكن له

الـدار، لان قبض البائع الثمنين من المـدعيين ممكن فتزدحم-أى تجتمع-البينتان فيه كما اجتمعتا فى خروج الدار عن ملك البائع بخلاـف عقـد البيع حيث قـامت كل واحـده منهما على وقوعه مع كل واحـد منهما دون الأخر و لو نكل من خرج اسـمه بالقرعه حلف الأخر كما تقدم قال المحقق: «و لو نكلا عن اليمين قسمت بينهما و يرجع كل منهما بنصف الثمن» .

أى: و لو نكل من أخرجته القرعه و الطرف الأخر عن اليمين قسـمت الـدار بينهما على النصف لما تقدم من انه الحكم بالعدل، و على البائع إرجاع نصف كل من الثمنين الى كل من المـدعيين، و ليس له إنكار الأخذ لإثبات البينتين ذلك و قال كاشف اللثام: «الاـ إذا اعترفـا أو اعترف أحـدهما أو شـهدت بنيتاهمـا أو إحـداهما بقبض المبيع، فمن قبضه من بائعه باعترافه أو بشـهاده بينه لم يكن له الرجوع عليه بشـىء من الثمن، لثبوت اسـتحقاقه له بالإقرار أو بالبينه، غايه الأمر أنه اغتصب منه نصف العين بعد ذلك» و قد سبقه الى ذلك الشهيد الثانى فى المسالك فإنه قال فى المسأله الآتيه:

«و حيث قلنا بثبوت الخيار على تقـدير القسـمه فـذلك إذا لم تتعرض البينه لقبض المبيع و لا اعترف به المـدعى، و الا فإذا جرى القبض استقر العقد و ما يحدث بعده فليس على البائع عهدته» .

و سبقهما إليه العلامه فى التحرير (١).

و اعترضه فى الجواهر بقوله: «و فيه ان الاـعتراف بـالقبض أو ثبوته بالبينه لا ينافى الرجوع بالثمن بعـد ثبوت اسـتحقاق المبيع لغير البائع بالبينه كما هو واضح

اللهم الا ـ ان يقال: ان عـدم الرجوع بعـد القبض لتركهما اليمين باختيارهما. و لكن ذلك غير موافق لما سـمعته من التعليل، بل لا يتم فيما سمعته من كشف اللثام أخيرا على ان ترك اليمين ان كان مقتضيا لذلك فلا فرق فيها بين قبل القبض و بعده» .

أقول: و الأقرب هو الأول، فلو اشترى مالا من بائعه و قبضه و اقبض الثمن ثم تركه أمانه عنـد البائع فأقام رجل البينه لـدى الحاكم على أنه قـد اشترى المال منه و حكم الحاكم بـدفع المال اليه لم يكن للمشترى الأول مطالبه البائع بالمال و لا بالثمن لانه مال قد تلف بعـد القبض فهو من مـالكه لا ـ من مال البائع. نعم لو كانت العين باقيه عنـد البائع من دون اذن المشترى فهو لها ضامن لكن بدليل: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» و هنا بحث آخر.

و قول صاحب الجواهر: «ان الاعتراف. لا ينافى الرجوع بالثمن بعد ثبوت استحقاق المبيع لغير البائع بالبينه» .

فيه انه خروج عن فرض القوم و هو الاعتماد على إقرار المشترى و لم ينكشف خلاف.

و قوله: «على أنّ ترك اليمين ان كـان مقتضـيا لـذلك فلا فرق فيها بين قبل القبض و بعـده» ، فيه: ان كون التلف قبل القبض من البـائع و بعـده من المشترى أمر لا ـ ريب فيه، لكن كونه من مـال البائع قبل القبض مشـروط بعـدم كون التلف حينئـذ مسـتندا إلى المشترى و الّا فيكون فى ماله. الا ان فى صدق «الإتلاف» على النكول عن اليمين» تأملا.

و هل لهما الفسخ؟

قال المحقق قده: و هل لهما أنّ يفسخا؟ الأقرب: نعم لتبعض المبيع قبل قبضه» .

أقول: و كيف كان فهل لهما مع تقسيم الدار بينهما أن يفسخا البيع الذى

ثبت لكل منهما بالبينه؟ قال المحقق: «نعم لتبعض المبيع قبل قبضه» .

و وجه العدم: ان التبعض جاء من قبلهما.

قلت: لكن ليس المورد من تبعّض الصفقه لأن ذلك يكون فى العقد لا القبض فإذا وقع العقد على شيئين بصوره الاجتماع انكشف عدم كون أحدهما ملكا للبائع، فيبطل العقد بالنسبه اليه، و يجوز للمشترى ان يفسخ المعامله بالنسبه إلى الأخر، و هذا معنى تبعض الصفقه.

و أما إذا كان العقد صحيحا بالنسبه إلى كلا الجزئين، فسلم أحدهما دون الأخر، فلا خيار، بل يلزم البائع بتسليم الآخر.

و هنا تكون احدى المعاملتين باطله فى الواقع، لأن الذى وقع له البيع يملك الكل و من لم يقع له فلا شىء له. غير أنه لما كان الواقع مجهولا و قد حكم الحاكم بالبينه بالتنصيف يكون لكل نصف، فيكون نظير درهم الودعى.

فالاصلح هو العدم و بناء على الفسخ فلو فسخا كانت العين للبائع و رجع كل واحد منهما عليه بالثمن كله.

حكم ما لو فسخ أحدهما دون الأخر

قال المحقق: «و لو فسخ أحدهما كان الأخر أخذ الجميع لعدم المزاحم و فى لزوم ذلك عليه تردد أقربه اللزوم» .

أقول: و لو فسخ أحدهما فهنا فرعان الأول انه لو فسخ أحدهما فهل للآخر أخذ جميع الدار أم لا؟ فيه قولان، ذهب المحقق قدس سره إلى الأول، و استدل له بقوله «لعدم المزاحم» أى: لأنه كان يدعى شراء جميع الدار من البائع و قد أقام البينه على ذلك، لكن عارضه دعوى الأخر و بينته و حيث فسخ ذاك ما كان يدعيه من العقد فقد بقى هذا بلا مزاحم فكان له أخذ الجميع الذى كان يدعيه.

و قد حكى الثانى عن الشيخ قدس سره، و وجهه هو: أن الحاكم قد قضى له بنصف الدار دون النصف الأخر فلا يعود اليه.

و فيه: ان مقتضى البينه هو الجميع لكن منعه عن أخذه المدعى الأخر الذى ادعى شراء الجميع كذلك، الأمر الذى سبب حكم الحاكم بالتنصيف لكن مع فسخ الأخر يرتفع المانع فيؤثر المقتضى أثره.

و قد نسب الشهيد فى الدروس الى الشيخ القول بالفرق بين كون الآخذ الأول أو الثانى حيث قال: «و لو فسخ أحدهما فللاخر الجميع و فيه أوجه ثالثها و هو مختار الشيخ فى المبسوط: الفرق بين كون الأخذ الأول أو الثانى، لأن القضاء للاول بالنصف إذا لم يتعقبه فسخ يقرر ملكه عليه بحكم الحاكم فليس له نقضه بأخذ الجميع، و نعنى بالأول الذى فاتحه القاضى بتسليم النصف فرضى بخلاف ما إذا فسخ المفاتح فان الشأنى يأخذ الجميع قطعا لإيجاب بينه الجميع ما لم ينازع.

و الأقرب أن لكل منهما الأخذ» و قد ضعف صاحب الجواهر قدس سره هذا التفصيل كذلك. ثم قال: «و توهم أن مقتضى الفسخ الرجوع الى البائع لا اليه بمقتضى الحكم الظاهرى مدفوع بأن التنصيف قد كان جميعا بين البينتين، و مع فرض الفسخ استقلت بينه الآخر بكون الجميع له بلا معارض، بل المتجه صيروره ذلك له قهرا عليه لانه مقتضى دعواه و بينته» .

و الثانى: انه مع جواز أخذ الجميع هل هو واجب؟ وجهان من وجود المقتضى و عدم المانع كما عرفت مع انتفاء المقتضى للخيار و هو تبعض الصفقه، و من استصحاب الخيار الثابت له قبل الفسخ، و من هنا تردد المحقق قدس سره، لكن قال:

«أقربه اللزوم» و استدل له صاحب الجواهر بالأصل و هو أصاله اللزوم فى العقود «و غيره» من الأدله القائمه على لزوم العقد، و كل ذلك يتقدم على الاستصحاب ان تم فى المقام.

هذا و لكن الصحيح عدم جواز أخذ الجميع، لا لما ذكره الشيخ قده بل لان النصف الثانى يصير بعد الفسخ الى ملك البائع-لا انه يعود الى ملكه كما كان

ص:٢٠٩

حتى يقال بأنه مع فرض الفسخ تستقل بينه الأخر بكون الجميع له بلا معارض-بل هو ملك جديد يصير إلى البائع بالفسخ فليس للآخر أخذ هذا النصف-و ما ذكرنا نظير ما إذا باع أحد الشريكين نصفه الواقع اليه بحكم الحاكم إلى البائع، فإنه ملك جديد للبائع بسبب جديد، فلا يجوز للآخر أن يدعى عليه هذا النصف أيضا.

فإن قيل: تحقق الملك الجديد للبائع بسبب البيع واضح و ليس الفسخ كذلك، بل أثره فى محل الكلام كون المعامله بالنسبه الى هذا النصف الذى وقع الفسخ فيه كالعدم، فللاخر المطالبه به بمقتضى بينته.

قلت: لا-اشكال-بل الظاهر أنه لا خلاف-فى أنه يتحقق الملك للبائع بالفسخ من حينه و لذا يكون النماء الحاصل بين العقد و الفسخ للمشترى فيكون الشيء ملكه له مره أخرى بعد بيعه إياه.

و من هنا وقع الكلام فى تأثير اجازه المالك لبيع الفضولى ان كان مالكا للمال حين الإجازه لا حين العقد، و الصحيح عدم كفايه هذا التملك فى إنفاذ البيع بالإجازه.

على ان الفسخ من آثار التعارض فكيف يكون نافيا للتعارض؟ و الحاصل انه ليس للآخر أخذ الجميع لأن المزاحمه قد ارتفعت بالفسخ من حينه و التى كانت من حين العقد لم ترتفع بهذا الفسخ.

هذا كله إذا كانت العين فى يد البائع.

و لو كانت فى يد أحدهما فتاره لا بينه و حينئذ يقضى بها له و عليه اليمين للآخر.

و أخرى يقيمان البينه و حينئذ يحكم للخارج على رأى و للداخل على آخر و قد تقدم.

حكم ما لو ادعى اثنان شراء ثالث المبيع من كل منهما.

قال المحقق قدس سره: «و لو ادعى اثنان أن ثالثا اشترى من كل منهما هذا المبيع و أقام كل منهما بينه، فان اعترف لأحدهما قضى عليه بالثمن، و كذا ان اعترف لهما قضى عليه بالثمنين، و ان أنكر و كان التاريخ مختلفا أو مطلقا قضى بالثمنين جميعا لمكان الاحتمال» .

أقول: هـذه المسأله عكس المسأله السابقه، فلو ادعى اثنان أن ثالثا اشترى من كل منهما مبيعا معينا، فان اعترف المشترى بالشـراء لأحـدهما قضـى عليه بـالثمن، و ان اعترف به لكل منهما قضـى عليه بالثمنين، لأن إقرار العقلاء على أنفسـهم حجه» و شـراؤه من كليهمـا أمر ممكن، كـأن يكون قـد اشترى العين من أحـدهما ثم باعه من الأخر ثم اشتراه، أو باعه لرابع فباعه الرابع من المـدعى الأخر فاشتراه المشترى منه.

و ان لم يعـترف مطلقـا و أقـام كـل واحـد منهمـا بينه فانكرهمـا فتـاره يختلف تاريـخ البينتين أو تكونـان مطلقتين و أخرى يكون التاريخ واحدا، فان اختلف أو كانتا مطلقتين قضـى عليه بالثمنين، لما تقدم من إمكان شرائه العين من أحدهما ثم بيعه من الأخر-أو من رابع فباعه من الأخر-ثم شرائه منه و مهما أمكن الجمع بين البينتين وجب بخلاف المسأله السابقه، لما قيل من أن الشراء لا يجوز لملك نفسه و البيع يجوز لملك غيره و لو فضولا.

و فيه كمـا فى الجواهر ان الاحتمال فى الشـراء لمال نفسه فضولا عن الغير ممكن أيضا، كأن يشترى العين من أحـدهما ثم يوكل زيدا فى بيعه من الغير ثم اشترى فضولا من الغير.

هذا مع أنه لا أثر لهذا الشراء عن الغير لان المفروض عدم أخذه شيئا عن الغير.

فالأـولى فى وجه الفرق مـا ذكره فى الجواهر من أنه اتحـاد المـدعى به فى المسـأله السابقه و هو شـراء المبيع من مالكه الا انه لم يعلم السابق منهما ليكون شـراء اللاحق فى غير محله. بخلاف هذه المسأله فان المدعى به استحقاق الثمن الذى ثبت بثبوت سببه، فمع فرض قيام البينه به فى وقتين مثلا وجب المسبب حتى لو كان المدعى واحدا.

و بعباره أخرى: العين الواحده لا يمكن ان تكون بجميعها لاثنين، هذا فى

تلك المسأله، أما فى المقام فالمـدعى به هو الثمنان من جهه تعـدد العقـد و ان كانت العين واحـده، فإذا تكرر العقد تكرر الثمن لإمكـان الشـراء ثم البيع و الشـراء كمـا عرفت أما المبيع فلا يتكرر بتكرر البيع. فظهر إمكان الجمع بين البينتين هنا و عـدم إمكانه هناک.

نعم لو كـان الثمن شـيئا معينـا خاصا و كل منهما قـد ادعاه بسـبب كونه البائع لثمنه و أقام كل واحـد بينه تحقق التعارض و لو مع إطلاق البينتين هذا.

و فى المسالک: و يحتمل كونهما حينئـذ كالمؤرختين بتاريـخ واحـد لأنهما ربما شـهدتا على البيع فى وقت واحد و الأصل براءه ذمه المشترى فلا يؤخذ إلا باليقين «قال فى الجواهر: و لعله لذا كان المحكى عن ظاهر الشيخ التردد» .

لكن فيه-كما فى الجواهر-أن البينه ظاهره فى تعدد البيع و الأصل تعدد المسبب بتعدد سببه.

قـال المحقق: «و لو كـان التاريـخ واحـدا تحقق التعارض إذ لا يكون الملک الواحـد لاثنين، و لا يمكن إيقاع عقـدين فى الزمان الواحد، فيقرع بينهما، فمن خرج اسمه أحلف و قضى له» .

أقول: و دليل القرعه ما تقـدم ذكره سابقا من النص و الفتوى على أن القرعه حكم البينتين المتعارضتين بعـد فقـد الترجيـح بينهما بأحـد المرجحات المـذكوره هناک، فمن خرج اسـمه أحلف و قضـى له بالثمن الـذى شـهدت به البينه فإن امتنع أحلف الأخر و قضى له كذلک.

قال: «و لو امتنعا من اليمين قسم الثمن بينهما» .

أى: لو امتنع من خرج اسـمه بالقرعه، فردت على الأخر فامتنع كذلک، قسم الثمن بينهما ان كان قابلا للتقسـيم، و الا فلكل واحد من المدعيين نصف ما ادعاه من الثمن.

و قد تقدم فى نظير المسأله احتمالات أخرى.

ص:٢١٢

حکم ما لو ادعی شراء المبیع من زید و ادعی آخر شراءه من عمرو

قال المحقق قده: «و لو ادعی بشراء المبیع من زید و قبض الثمن و ادعی آخر شراءه من عمرو و قبض الثمن و أقاما بینتین متساویتین فی العداله و العدد و التاریخ فالتعارض متحقق» .

أقول: فی هذه المسأله لو صدق البائعان المشتریین أو صدق أحدهما من یدعی الشراء منه وجب علی المصدق تسلیم العین أو إرجاع الثمن الذی أخذه.

و مع عدم التصدیق فلو أقاما بینتین فان کانت إحداهما أرجح أو کان تأریخها أقدم من الأخری حکم لصاحبها دون الأخر، فإن کانتا بینتین متساویتین فی العداله و العدد و التاریخ فالتعارض متحقق.

«فحینئذ یقضی بالقرعه و یحلف من خرج اسمه و یقضی له» بالعین و یرجع المشتری الأخر علی بائعه بالثمن.

فان نکل من خرج اسمه أحلف الأخر «و لو نکلا عن الیمین قسّم المبیع بینهما» علی السویه. و قد عرفت وجود احتمالین آخرین و هما القسمه بلا قرعه، و التساقط للبینتین و التنصیف کذلک و إذا قسم المبیع کذلک.

هذا إذا کانت العین فی ید البائعین.

و لو کانت العین بید المشتریین فلکل واحد منهما ید علی النصف فتکون بنیه کل بالنسبه إلی النصف الذی بیده بینه الداخل و بالنسبه إلی النصف الأخر بینه الخارج، و کیف کان فالحکم هو التنصیف.

و لو کانت بید أحدهما بنی علی تقدیم بینه الداخل أو الخارج، و حیث یقضی لأحدهما یرجع الأخر بالثمن، کما یبتنی الحکم علی ما ذکر فیما لو صدق أحد البائعین مشتریه فإنه یوجب کونه زائد، و مع تصدیق کلیهما یکون کل واحد منهما ذائد و الحکم حینئذ هو التنصیف کما لو عدما معا البینه.

و حیث یحکم بالتنصیف یرجع کل واحد بنصف الثمن کما قال المحقق قده

ص:۲۱۳

و رجع كل منهما على بائعه بنصف الثمن» .

و هل لهما الفسخ؟

ثم قال: «و لها الفسخ و الرجوع بالثمنين» أقول: وجه الفسخ هو دعوى تبعض الصفقه، و قد عرفت ما فيها، و بناء على ما ذكرنا سابقا يكون النصف الأخر كالتالف و هو من مال بائعه و للمشترى المطالبه بنصف الثمن.

و قد يجوز كاشف اللثام الفسخ بشرط عدم الاعتراف بكون التلف بعد القبض.

و قد ذكرنا انه ان كان التلف بعد القبض موجبا للتبعض بأن تكون البينه كاشفه عن كون العين مستحقه الغير حين العقد كما يقول صاحب الجواهر كان له الفسخ و الرجوع، لكن قد عرفت ان ذلك غير تام.

و الحاصل انه لا يجوز الفسخ، و بناء على جوازه لم يجز للآخر أخذ الجميع كما نص عليه المحقق حيث قال: «و لو فسخ أحدهما جاز و لم يكن للآخر أخذ الجميع، لان النصف الآخر لم يرجع الى بائعه» لأن المفروض كون النصف الآخر للبائع الثانى.

و حيث يعترف المشترى بكون التلف بعد القبض لم يكن له خيار الفسخ، لأن المال له و التلف فى ماله. نعم له الفسخ بناء على كونه من تبعض الصفقه.

هذا و فى الجواهر: انه قد يتوهم من اقتصار المصنف فى التعارض على الصوره المزبوره عدمه فى غيرها، مع ان الظاهر تحقق ذلك أيضا فى صوره الإطلاق، إذ هى كغيرها من صور الإطلاقات السابقه، بل و كذا لو أطلقت إحداهما و أرخت الأخرى بناء على عدم الحكم بتأخير مجهول التاريخ عن معلومه كما حرر فى محله.

نعم لو كانا مؤرخين بتأريخين مختلفين ففيه البحث السابق فى تقديم الملك السابق و عدمه.

أقول: قد عرفت فى المسأله السابقه قول المحقق قدس سره بالاقضاء بالثمنين جميعا

فی صوره اختلاف البینتین فی التاریخ أو إطلاقهما قال: «لمکان الاحتمال و إمکان الجمع بین البینتین، و قد وافقه صاحب الجواهر قدس سره و أشکل علی المسالک القائل بالتعارض و الحکم بالتنصیف أخذا بالقدر المتیقن و ان الأصل براءه المشتری یعنی: انه ان کان الجمع ممکنا فهو أولی، لکنه یکون فی صوره کون الشهادتین مبنیتین، أما مع إجمالهما فلا (فیکون نظیر ما إذا قامت البینه علی أن أحد هذین الشخصین هو المتلف لمال لزید فإنه یجری فی حق کل منهما أصاله البراءه فلا یلزم أحدهما بشیء) و حیث یکون مجملا یؤخذ بالمتیقن و یجری الأصل فی غیره.

فأشکل علیه فی الجواهر بأن البینه ظاهره فی التعدد و الأصل تعدد المسبب بتعدد سببه. فقوله هنا بأن الظاهر تحقق ذلک أمضا فی صوره الإطلاق ینافی ما ذکره هناک، فما عبر عنه بالتوهم هو الصحیح.

و لو شهدت إحداهما بوقوع البیع یوم الخمیس و الأخری بوقوعه یوم الجمعه فالمتأخر باطل ان کان البیع واحدا، و الا فإن أمکن الجمع فهو و الا کان الثانی باطلا.

ثم انه یلزم ان تکون الشهاده علی الملک، و لذا لا تسمع دعوی الشراء من زید حتی لو أقام البینه، بل یلزم ان تکون الدعوی و الشهاده کلتاهما مشتملتین علی شراء العین منه و أنها ملک له، إذ یجوز-فی مفروض المسأله هنا-ان یکون قد اشتری أحدهما العین للآخر و ان یکون باعها أحد البائعین وکاله عن الآخر أو فضولا، و هذا ما ذکره العلامه فی القواعد و الشهید الثانی فی المسالک قال: و سیأتی اختیار المصنف إیاه و کأنه ترکه هنا اتکالا علیه. و بالجمله انه یشترط أن یکون المدعی و المشهود به هو الشراء من المالک، سواء ثبتت ملکیه البائع بالید أو بالبینه (۱).

حكم ما لو ادعى عبد أن مولاه أعتقه و ادعى آخر شراءه من المولى.

قال المحقق قدس سره: «و لو ادعى عبد أن مولاه أعتقه و ادعى آخر أن مولاه باعه منه و أقاما البينه قضى لا سبق البينتين تأريحا، فان اتفقتا قضى بالقرعه مع اليمين» .

أقول: لو ادعى عبد أن مولاه أعتقه و ادعى شخص آخر أن مولى العبد قد باعه منه فهما مدعيان، و المولى هو المدعى عليه و ذو اليد سواء كان العبد بيده أو بيد المشترى أو غيرهما أولا فى يد. فان لم تكن لأحدهما بينه و كذبهما المولى حلف لهما بيمينين لأنه المدعى عليه، ان صدق أحدهما و كذب الآخر قضى لمن صدقه و هل يحلف لمن كذبه أو لا؟ قولان ذهب العلامه إلى الأول و الشهيد الثانى و كاشف اللثام الى الثانى تبعا للمبسوط، و منشأ الاختلاف هو ترتب الأثر على هذه اليمين و عدمه، فهو نزاع صغروى، لأنهم متفقون على أن اليمين على الإنكار انما تكون فيما إذا كان للإقرار أثر فى ذلك المورد، قال كاشف اللثام: «و الحق ما فى المبسوط من أنه أن صدق المشترى لم يحلف للعبد، لانه لو أمر بعد ذلك بالعتق لم يقبل لكونه إقرارا فى حق الغير و لم يلزمه غرم، و كذا ان صدق العبد لم يحلف للمشترى، لأنه لو صدقه بعد ذلك فقد اعترف بالإتلاف قبل القبض و هو كالآفه السماويه فى انفساخ البيع به، نعم ان ادعى عليه قبض الثمن حلف له ان أنكره» .

و قد وافق صاحب الجواهر العلامه و صور الثمره فى المسأله حيث قال:

«و فيه منع عدم توجه اليمين للمشترى، مع إقراره المستخرج باليمين يكون من الحيلوله لا التلف فيغرم له القيمه، و لذا جزموا فى المسأله السابقه و هى دعوى الاثنين شراء العين من شخص هى فى يده ان لو أقر لأحدهما كان اليمين عليه للآخر، بل و له اليمين على المقر له، فلا يبعد حينئذ انه يكون هنا أيضا له اليمين على السيد و العبد، كما انه قد يقال باليمين على السيد للعبد مع الإقرار للمشترى، لعموم قوله

صلّى اللّه عليه و آله «البينه إلـخ» . و فائدته ثبوت الحريه فى حقه على وجه لو انتقل اليه بعد ذلك بارث و غيره يحكم بحريته ان لم نقل بوجوب شرائه فعلا عليه كما عن بعضهم التصريح به، و الا كانت الثمره واضحه» .

هذا كله مع عدم البينه و مع وجود البينه يقضـى لمن أقامها، و ان أقاماها معا فان كانت إحداهما أرجح أو أقدم تاريخا قضى لها، و ان اتفقتا فى العدد و العداله و التأريخ قضى بالقرعه فمن خرج اسمه حكم له بيمينه، فان نكل حلف الأخر و قضى له.

«و لو امتنعا من اليمين قيل يكون نصـفه حرا و نصـفه رقا لمـدعى الابتياع، و يرجع بنصف الثمن» لأدله التنصـيف المذكوره سابقا (۱)و قـد تأمـل صـاحب الجواهر فى شـمول تلـك الأدله لمثل الفرض الـذى أحـد طرفيه الملك و الآخر الحريه، و حينئـذ يكون الحكم لمن أخرجته القرعه، أى يقترع على الملكيه لمدعى الشـراء و الحريه للعبد (۱). و على الأول-و هو قول الشيخ و جماعه- يرجع المشترى بنصف الثمن الذى أقبضه المولى.

و هل للمولى خيار الفسخ

و هـل يكون للمولى خيـار الفسـخ؟ قـالوا: نعم لتبعض الصـفقه، و قـد قلنـا سابقا بان التبعض الموجب للخيار غير صادق هنا، لانه كالتلف قبل القبض على أثر حكم الحاكم.

و على مـا ذكروا من ثبوت الخيـار قـال المحقق: «و لو فسـخ عتق كله، و هل يقوم على بائعه؟ الأقرب نعم، لشـهاده البينه بمباشـره عتقه» فهنا فرعان، أحـدهما انه لو فسخ مدعى الشـراء يرجع على المولى بكل الثمن، و حينئذ ينعتق العبد كله لزوال المزاحم البينه القائمه على ان المولى أعتقه و الثاني: انه لو لم يفسخ المشترى

۱- ۱) راجع الباب ۱۲ من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى.

فهل يقوّم العبد على البائع ان كان موسرا أولا؟ قال المحقق: الأقرب: نعم لشهاده البينه بمباشره عتقه» فيتم شرط السرايه. و قد وافقه على ذلک المسالک و الجواهر.

و فی المسالک عن الشهید الاعتراض على ذلک «بأن الواقع فی نفس الأمر اما العتق أو الشراء أو لیس أحدهما، و أیما کان امتنع معه التقویم على المالک و السرایه، اما على تقدیر العتق فلان یکون للمجموع و مع عتق المجموع لا بعض موجود حتى یقوم. و اما على تقدیر الشراء فلأنه أیضا للجمیع فلا سبب للتقویم، إذ السبب عتق البعض و هو منتف، و منهما یظهر انتفاؤه على تقدیر انتفائهما» .

أقول: و فی الدروس اشکال آخر أیضا حیث قال: «و لانه عتق قهری فلا یقوّم علیه» ای أن شرط التقویم و السرایه هو ان یکون عتقه للنصف بالاختیار بناء على أن الموجب القهری کالإرث لا یوجب السرایه و هنا الاختیار منتف لان بینه العبد شهدت بعتق الکل، و حریه بعضه کانت بحکم الحاکم لا باختیار المولى فلا مورد للسرایه.

لکن یمکن الجواب عنه بتحقق الاختیار هنا، لانه مع شهاده بینه العبد بعتق الکل فقد أعتق النصف، فان مبنى تبعض الصفقه هو ان من باع الکل فقد باع البعض و الا لم یتحقق التبعض فی مورد، فظهر انه قد باع النصف بالاختیار لکن التبعض تحقق بحکم الحاکم بمقتضى البینتین لأنه أمر انتزاعی منشأه هنا الحکم المذکور.

و أما اشکاله الأخر المبتنی على العلم الإجمالی فی المقام فقد أجابوا عنه بأن مخالفه العلم الإجمالی مخالفه احتمالیه لا مانع منها، و لو غسل یده المتنجسه بماء مشکوک الطهاره فإنه یستصحب طهاره الماء و نجاسه الید معا و لا مخالفه قطعیه للعلم الإجمالی، و فیما نحن فیه و ان علمنا بان العبد اما مملوک کله-للمولى أو للمشتری و اما حر کله و الحکم بالتنصیف یخالف العلم المذکور، لکن لا یلزم من ذلک مخالفه قطعیه من المشتری و العبد. نعم الحاکم یعلم بأن حکمه مخالف للواقع، إلا أنا ملزمون بمتابعه حکمه رعایه لمصلحه رفع الخصومه و فصل النزاع.

ص:۲۱۸

هـذا و لو حصـل لنـا العلم بعـدم وجوب شـراء النصف من المشـترى-لاـنه امـا كله ملـك للمشـترى و امـا كله حر فيحصـل العلم التفصـيلى بعـدم وجوب شـراء المولى النصف من المشترى و لاـ تقتضـى ظواهر الأـدله ذلك، بل يتوقف القول به على قيام دليل آخر. و هذا اشكال آخر.

و لو كـان العبـد فى يـد المشترى فـان قـدمنا بينه الـداخل حكم له و ان قـدمنا بينه الخـارج حكم بالعتق لان العبـد خارج قاله فى الجواهر تبعا للدروس لكن تقدم منا القول بان ذا اليد هو المولى و ان كان بيد المشترى.

لا يقال تقـدم بينه العبـد لان له يـدا على نفسه ان قـدمنا الداخل و الا قدمت بينه الشـراء لأنا نقول انما يصـير له يد بالعتق و ثبوت الحريه، و قد نسب فى الجواهر القول المذكور الى بعض العامه.

(مسائل)

(الاولی: لو شهد للمدعی بملکیه الدابه منذ مده فکذبتها سنها)

قال المحقق قدس سره: «لو شهد للمدعی بأن الدابه ملکه منذ مده فدلت سنها علی أقل من ذلک قطعا أو أکثر سقطت البینه لتحقق کذبها» .

أقول: لو شهدت البینه لمدعی ملکیه الدابه بأنها ملکه منذ خمس سنوات مثلا فدلت سنها علی کون عمرها أقل من تلک المده دلاله قطعیه، أو شهدت بأنها نتجت عند المدعی منذ خمس سنوات فدلت سنها دلاله قطعیه علی ان عمرها أکثر من تلک المده سقطت البینه عن الحجیه لتحقق کذبها.

أما لو کانت الدلاله علی الأقلیه أو الأکثریه ظنیه لا قطعیه ففی الجواهر: لا ینبغی التأمل فی عدم معارضه الظن للشهاده التعبدیه. و لا أظنه قولا لأحد.

لکن عن بعض نسخ الشرائع «قطعا أو أکثریا» و هی التی شرحها فی المسالک فقال: «أما علی تقدیر کون الدلاله قطعیه فواضح لان الکذب حینئذ قطعی، و اما علی تقدیر الأکثریه فالدلاله ظنیه، و یشکل معارضتها للحاکم الظاهر من عداله الشاهد. و فی التحریر اقتصر فی الحکم بسقوط البینه علی الدلاله القطعیه و هو أولی» و کیف کان فالصحیح ما ذکره فی الجواهر، انما الکلام فی بطلان البینه مطلقا أو فی خصوص ما کذبت؟ قال: الظاهر الثانی قلت: بل الأول، إذ لا عرفیه لبینه یسقط بعض مدلولها بتکذیب السن له و یبقی البعض الأخر.

ص:۲۲۰

(المسأله الثانيه)

(لو شهدت بالشراء و لم تشهد بالملكيه أو التسليم)

قال المحقق: «إذا ادعى دابه فى يد زيد و أقام بينه انه اشتراها من عمرو، فان شهدت بالملكيه مع ذلك للبائع أو للمشترى أو بالتسليم قضى للمدعى و ان شهدت بالشراء لا غير قيل: لا يحكم، لان ذلك قد يفعل فيما ليس بملك، فلا تدفع اليد المعلومه بالمظنون و هو قوى و قيل: يقضى له، لان الشراء دلاله على التصرف السابق الداله على الملكيه» .

أقول: لا كلام فى ترتب الأثر على ما إذا شهدت البينه بالملكيه مع الشراء للبائع بأن قالت: نشهد بشراء زيد هذه الدابه من عمرو و قد كانت ملكه أو للمشترى بأن قالت: نشهد بشراء زيد هذه الدابه من عمرو و هى الان ملك لزيد، أو بالتسليم من عمرو لزيد بأن قالت: نشهد بشراء زيد هذه الدابه من عمرو و تسليم عمرو إياها لزيد.

انما الكلام فيما إذا تجردت الشهاده عن ذلك، بأن شهدت بالشراء لا غير، ففى المسأله قولان، و كلاهما للشيخ قدس سره، أو لهما و هو العدم قوله فى المبسوط و اختاره المحقق و الأكثر كما فى المسالك و الثانى و هو القبول قوله فى الخلاف و وافقه العلامه فى المختلف.

توضيح دليل الأول هو: ان هذه الشهاده لا تدل على الملكيه لا بالمطابقه و لا

بالالتزام، أما مع إضافه الملكيه فالدلاله تامه بالالتزام، و مع اضافه التسليم توجد دلاله التزاميه على أمر هو أماره على الملك، لان التسليم أماره على اليد التى هى اماره على الملكيه و توضيح دليل الثانى هو: ان الشراء يكشف عن التصرف السابق الدال على الملكيه كما ان اليد السابقه أماره عليها، إذ كما ان الظاهر من اليد كونها أصاله لا نيابه و لا عدوانا فكذا التصرف بالبيع و الشراء و ان لم يكن المال فى يده.

قلت: فرق بين «اليد» و «التصرف» فإن الأول أماره على الملك شرعا و عقلا بخلاف الثانى، فقد يكون قوله «بعت» فى ملك غيره، و هذا القول و ان كان تصرفا لو صدر من المالك لكنه بمجرده لا يترتب عليه أى أثر لا وضعى و لا تكليفى فهو لغو.

فظهر مما ذكرنا ان البحث هو فى دلاله هذه الشهاده على الملكيه و عدم دلالتها، و ليس البحث مبنيا على ما ذكره صاحب الجواهر، فلو قامت بينه على شراء زيد المال من عمرو فهى ليست بحجه فلا ربط للبحث بالترجيح و مسأله الداخل و الخارج فتلك مسأله أخرى و لا وجه لبناء هذه المسأله على تلك.

ص:٢٢٢

(المسأله الثالثه)

اشاره

(حكم دعوى رقيّه الصغير المجهول النسب)

قال المحقق قدس سره: «الصغير المجهول النسب إذا كان فى يد واحد و ادعى رقيّته قضى بذلك ظاهرا. و كذا لو كان فى يد اثنين» .

أقول: وجه الحكم برقبه الصغير للمدعى هو: أن رقبه هذا الصغير أمر ممكن و المدعى لا معارض له فى دعواه، و هو ذو يد عليه، فيجب أن تسمع و يقضى له، -قال فى الجواهر- «بلا خلاف أجده فيه» .

انما الكلام فيما إذا كبر هذا الصغير و نفى الرقيّه: فقد قيل: لا يسمع قوله لعدم جواز نقض حكم الحاكم. و قيل: يسمع و يحلف المدعى مع عدم البينه، و قيل: بل يسمع قوله فى حال الصغر أيضا-لو لا الإجماع-و ان هذا المورد يستثنى من قاعده حجيه قول المدعى الذى لا منازع له لنص خاص رواه الشيخ الكلينى قدس سره عن عده من أصحابنا عن سهل بن زياد و عن على بن إبراهيم عن أبيه جميعا عن ابن محبوب عن ابن رئاب عن حمران بن أعين قال: سألت أبا جعفر عليه السّلام عن جاريه لم تدرك بنت سبع سنين مع رجل و امرأه، ادعى الرجل انها مملوكه له و ادعت المرأه أنها ابنتها فقال: قد قضى فى هذا على عليه السّلام.

قلت: و ما قضى فى هذا؟ قال: كان يقول: الناس كلهم أحرار الأمن أقر على

نفسه بـالرق و هو مـدرک. و من اقـام بینه علی من ادعی من عبـد أو أمه فـإنه یـدفع الیه و یکون له رقا قلت: فما تری أنت؟ قال: أری أن أسـأل الـذی ادعی انهـا مملوکه له بینه علی ما ادعی فإن أحضـر شـهودا یشـهدون انها مملوکه لا یعلمونه باغ و لا وهب دفعت الجاریه إلیه حتی تقیم المرأه من یشهد لها ان الجاریه ابنتها حره مثلها، فلتدفع إلیها و تخرج من ید الرجل.

قلت: فان لم ینقسم الرجل شـهودا انها مملوکه له؟ قال: تخرج من یده، فإن أقامت المرأه البینه علی أنها ابنتها دفعت إلیها، فان لم یقم الرجل البینه علی ما ادعی و لم تقم المرأه البینه علی ما ادّعت خلی سبیل الجاریه تذهب حیث شاء» (۱).

أقول: لا ریب فی ان الیـد أماره الملکیه و أن الناس یعاملون صاحب الیـد معامله المالک لما فی یـده، کما لا ریب فی قبول قول ذی الید مع عدم المعارض و المنازع.

أما فی مورد دعوی الرقبه فإن الأصل هو حریه الإنسان و عدم سلطنه أحد علی أحد.

و الیـد انما تکون اماره علی الملکیه لما فی الیـد فیما إذا کان الشـیء الذی فی الید قابلا للملکیه، و من هنا یشـکل الحکم بکون المائع الموجود فی الإناء -المردد بین کونه مما یقبل الملکیه و مما لا یقبلها کالخل و الخمر-خلا استنادا الی الید.

و فی حجیه قول ذی الید بالنسـبه إلی الأعم من الملکیه و غیرها من الخصوصـیات بحث و ان کان قول الأکثر ذلک، لکن حجیه قوله من آثار حجیه الید، و مع الشک فی قابلیه الشـیء للملکیه یشکل ترتیب الأثر علی قول ذی الید، و لذا وقع الکلام فی ملکیه الکبیر الساکت و المجنون، فقال بعضهم بعدم حجیه قول ذی الید.

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۸-۱۸۴

و بما ذكرنا ظهر عدم تماميه تقديم اليد على أصاله الحريه من جهه تقديم الاماره على الأصل، فإن اليد اماره و حجه على الملكيه فيما يقبلها.

فبقى الإجماع. لكن يحتمل كون مدركه قاعده اليد، فلا يمكن الاعتماد عليه.

فظهر ان الصحيح هو سماع دعوى الصغير فى حال صغره، لكن الاستدلال عليه بالخبر المزبور ضعيف من جهه أخرى، فقد اشتملت على أنه إذا «لم تقم المرأه البينه على ما ادعت خلى سبيل الجاريه تذهب حيث شاءت» و الحال أنه حيث أقرب المرأه بكون الجاريه ابنتها فقد وجب عليها نفقه الجاريه و ان لم يثبت النسب من جهه عدم البينه، و لعل هذا وجه إعراض الأصحاب عن هذا الخبر.

و اما إذا كبر الصغير فأنكر فالحق سماع دعواه فإن أقام بينه على انه ابن فلان أو لقيط فهو و الا حلف المدعى، و انما تسمع دعواه لان كل دعوى يمكن ان تكون صحيحه تسمع.

لا ـ يقال بأنه يستلزم النقض، لأنا نقول بأن النقض يتحقق بأن يطالب الرجل باليمين بعد الكبر على دعواه السابقه التى حكم فيها الحاكم، و أما إقامه دعوى جديده فلا مانع منها و لا تكون نقضا.

هذا كله فى الصغير.

حكم ما لو كان كبيرا.

قال المحقق: «اما لو كان كبيرا، و أنكر فالقول قوله، لأنّ الأصل الحريه» .

أقول: انه إذا ادعى الرجل رقبه كبير فإن أنكر كان على الرجل المدعى إقامه البينه، و حيث لا بينه فالقول قول الكبير، لأن الأصل الحريه.

و أما إذا اعترف بالرقبه و ادعى تحرير الرجل إياه فلا تسمع هذه الدعوى إلا ببينه، و هو غير دعوى الحريه من أول الأمر، و على هذا يحمل الأخبار الداله على

جواز شراء المملوك من سوق المسلمين مع دعواه الحريه، فإنه مع عدم البينه لا تسمع و يبنى على رقيته فيشترى.

و ان أقر ترتب الأثر على إقراره، و لا فرق بين الإقرار لواحد أو لاثنين فإنه يكون ملكا لكليهما على الإشاعه.

قال المحقق قده: «و لو ادعى اثنان رقيته فاعترف لهما قضى عليه، و ان اعترف لأحدهما كان مملوكا له دون الأخر» لعموم جواز إقرار العقلاء على أنفسهم، و ربما يستدل له باعتبار قول ذى اليد بناء على كونه ذائد على نفسه.

قال فى الجواهر بعد ان ذكر عدم وجدانه الخلاف فى هذا الحكم «و حكى عن الشيخ فى مسأله دعوى العبد العتق و الأخر الشراء فى إنكار كون العبد ذائد على نفسه انه قال: لانه لو كان ذا يد لقبل إقراره بالملكيه لأحد المتنازعين فيه» و مقتضاه المفروغيه من عدم قبول إقراره، الا انه كما ترى لا دليل عليه بل ظاهر الأدله خلافه.

و فى كشف اللثام: «و إذا أقاما بينتين متعارضتين فصدق أحدهما خاصه لم تترجح به بينته، لانه لا يد له على نفسه، فإنه ان كان حرا فلا يدله، و ان كان مملوكا فلا يد عليه الا لمالكه. و فيه: انه مناف لقبول إقراره بالرقبه مع عدم البينه الذى اعترف به سابقا، بل ظاهره الإجماع عليه فتأمل» .

أقول: يمكن ان يكون الشيخ و كاشف اللثام منكرين لعنوان كونه ذا يد لا انهما مخالفان فى قبول هذا الإقرار، لأنهما قالا بما قالا فى فرعين غير هذا الفرع الذى نحن فيه، فالشيخ لا يوافق فى تلك المسأله على تأثير ذاك الإقرار لكونه بعنوان ذى اليد، و كاشف اللثام ينكر هناك ان يكون قول العبد مرجحا لإحدى البينتين لانه ليس ذا يد، و الإقرار المجرد ليس من المرجحات، فالظاهر عدم ورود اشكال الجواهر، و انهما غير مخالفين فى المقام.

ص:۲۲۶

(المسأله الرابعه)

(حکم ما لو ادعی اثنان کون الذبیحه له و فی ید کل بعضها)

قال المحقق قدس سره: «لو ادعی کل منهما ان الذبیحه له و فی ید کل واحد بعضها و أقام کل منهما بینه قیل: قضی لکل منهما بما فی ید الأخر و هو الألیق بمذهبنا» .

أقول: ان کانت الذبیحه واحده و قد وضع کل منهما یده علی طرف منها و أقام بینه علی انها جمیعا له فالحکم هو التنصیف. و ان کان ما فی ید کل منهما منفصلا عما فی ید الأخر فعلی القول بتقدم بینه الخارج -و هو الألیق بمذهبنا- یقضی لکل منهما بما فی ید الأخر سواء کانا متساویین أو مختلفین فی المقدار.

و لو لم یکن لهما ید فالحکم هو التنصیف.

قال المحقق: «و کذا لو کان فی ید کل واحد شاه و ادعی کل منهما الجمیع و أقاما بینه قضی لکل منهما بما فی ید الأخر» .

أقول: و ذلک لعدم الفرق بین هذا الفرع و الفرع السابق علیه.

قال فی الجواهر: «و مما یتفرع علی ذلک انه لو کان المتخاصمان فی بعض الذبیحه المنفصلین کافرا و مسلما حکم بکون ما یقضی به للکافر میته و للمسلم مذکی و ان کان کل واحد من الجزئین انتزعه من الأخر، عملا بظاهر الید المعتبره شرعا، و لا یقدح فی ذلک الید السابقه، بل لعل الحکم کذلک فی الجزئین

ص:۲۲۷

المنفصلین، ضروره اتحاد الملاک فیهما کما تقدم الکلام فی ذلک فی قسم العبادات» .

أقول: کیف یکون اللحم الواحد الذی یملکه المسلم و الکافر علی الإشاعه بعضه نجسا و هو الذی کان فی ید الکافر، و البعض الأخر طاهرا و هو الذی کان فی ید المسلم؟ ان هذه الذبیحه إما میته نجسه کلها و اما طاهره کلها، فما ذکره رحمه اللّٰه مشکل لا سیما فی المشاع.

نعم یمکن معامله الطاهر مع ما یجیء من خارج بلاد المسلمین من الجلود فیما إذا احتملنا إحراز البائع المسلم له بطهارته، اما فی مسألتنا هذه فإن الذی بید المسلم مقطوع بکونه مأخوذا من الکافر و ان أصبح ملکا له الان بعد المرافعه بحکم الحاکم، و علی ما ذکرنا فلو علمنا بکون اللحم الموجود الان بید الکافر مذبوحا بید المسلم حکمنا بطهارته.

فالحاصل: انه علی أثر حکم الحاکم یکون ما فی ید المسلم مختصا له و هذا هو القدر المتیقن، و أما ترتب أثر الطهاره أیضا علی هذا الحکم و الید الحاصله بعده فمشکل جدا.

ص:۲۲۸

(المسأله الخامسه)

(لو تسلم شيئا بالبينه فأقام المحكوم عليه البينه على الملكيه)

قال المحقق قده: «لو ادعى شاه فى يد عمرو و أقام بينه فتسلمها ثم أقام الذى كانت فى يده بينه أنها له قال الشيخ: ينقض الحكم و تعاد. و هو بناء على القضاء لصاحب اليد، و الاولى انه لا ينقض» .

أقول: تاره يقول عمرو: اشتريتها من زيد بعد حكم الحاكم فى المرافعه السابقه فهذه دعوى مسموعه، لأنه يدعى ملكا جديدا، فإن أقام بينه تقدمت على بينه زيد لان عمرا هو الخارج.

و اخرى يقول: انه فى الوقت الذى أقام زيد بينه لم تكن بينتى حاضره و هى الان حاضره، فبناء على سماع هذه الدعوى ان كان الميزان فى الخارج و الداخل حال اقامه عمرو البينه فزيد الداخل، و ان كان الميزان حال دعوى زيد فعمرو الداخل.

و قد يدعى كون الشاه له و يقيم البينه من غير تعرض للدعوى السابقه فإنه تسمع بينته بناء على سماع البينه بعد فصل الخصومه بالحكم، و تحمل على دعوى انتقال العين من زيد الى عمرو فتقدم بينه عمرو بناء على تقديم بينه الخارج.

و كيف كان فان لزم من سماع الدعوى نقض الحكم فلا تسمع، و فى أى صوره لم يلزم النقض فتسمع.

ص:٢٢٩

(المسأله السادسه)

اشاره

(لو ادعی دارا و ادعی آخر نصفها و أقاما البینه)

قال المحقق قدس سره: «لو ادعی دارا فی ید زید و ادعی عمرو نصفها و أقاما البینه قضی لمدعی الکل بالنصف لعدم المزاحم و تعارضت البینتان فی النصف الأخر، فیقرع بینهما و یقضی لمن یخرج اسمه مع یمینه، و لو امتنعا من الیمین قضی بینهما بالسویه فیکون لمدعی الکل ثلاثه أرباع و لمدعی النصف الربع» .

أقول: لو كانت دار فی ید شخص فادعی زید کل الدار و ادعی عمرو نصفها و لم یصدق من بیده الدار أحدهما، فمع وجود البینه بالتساوی عددا و عداله لکلیهما یقضی لزید بالنصف المشاع من الدار، لان المفروض ان عمرا لا یدعی إلا نصف الدار، فزید فی نصفها مدع بلا معارض فیکون له کما هو الحال فی کل دعوی بلا معارض، لکن البینتین تتعارضان فی النصف الأخر و الحکم فی تعارض البینتین هو القرعه، فمن خرج اسمه قضی له مع یمینه فان امتنع حلف الأخر و أخذ، و لو امتنعا معا من الیمین قضی فی النصف المتنازع فیه بالسویه، فیکون نصفه لزید و نصفه الأخر لعمرو، فیکون لزید الذی ادعی کل الدار ثلاثه أرباعها و لعمرو الذی ادعی نصفها ربعها.

و كذلك الحکم لو كانت الدار فی ید ثالث و لم یکن لأحدهما بینه فإنه یقسم النصف المتنازع فیه بینهما علی السویه.

ص:۲۳۰

حکم ما لو ادعیا ذلک و یدهما علیها مع البینه:

قال المحقق: «و لو کانت یدهما علی الدار و ادعی أحدهما الکل و الأخر النصف و أقام کل منهما بینه کانت لمدعی الکل و لم یکن لمدعی النصف شیء، لأن بینه ذی الید بما فی یده غیر مقبوله» أقول: و هذا هو الفرع الثالث فی المسأله، و ذلک أن یدعی أحدهما کل الدار و الأخر النصف و هما واجدان للبینه و هی فی یدهما لا فی ید ثالث، فالمشهور علی ان الدار کلها لمدعی الکل و انه لیس لمدعی النصف شیء منها، و ذلک لان المفروض خروج نصف الدار عن النزاع، فیکون النصف الذی بید مدعی الکل ملکا له لانه مدع بلا معارض بالنسبه الیه، و حیث انه یدعی النصف الأخر بید خصمه فهو بالنسبه إلی ذاک النصف خارج و الخصم داخل، و مذهب المشهور تقدیم بینه الخارج و سقوط بینه الداخل، فیکون النصف الثانی له کالأول، فالدار کلها له و لم یکن لمدعی النصف شیء.

نعم لو لم یکن لمدعی الکل بینه کان القول قول مدعی النصف مع یمینه، فإذا حلف أبقی النصف فی یده، فتکون الدار بینهما نصفین.

هذا هو المشهور.

و عن ابن الجنید: انه یقتسمان الدار مع البینه و عدمها علی طریق «العول» (۱) فیجعل فی مفروض المسأله لمدعی الکل الثلثان و لمدعی النصف الثلث، و قد فرض رحمه اللّه المسأله فی ما لو کانت العین فی أیدی المتداعیین، لکن التأمل فی کلامه

المنقول فى المختلف يفيد انه لا يفرق بين الصور فراجعه.

و فى المسالک لأن المنازعه وقعت فى اجزاء غير معينه و لا مشار إليها بل كل واحد من اجزائها لا يخلو من دعوى كل منهما باعتبار الإشاعه، فلا يتم ما ذكروه من خلوص النصف لمدعى الكل بغير منازع، بل كل جزء يدعى مدعى النصف نصفه و مدعى الكل كله، و نسبه و نسبه احدى الدعويين إلى الأخرى بالثلث، فتقسم العين أثلاثا، واحد لمدعى النصف و اثنان لمدعى الكل، فيكون كضرب الديان فى مال المفلس و الميت.

و فى المختلف وافق ابن الجنيد على ذلک مع زياده المدعيين على اثنين.

و قال فى الجواهر: «يمكن ان يكون مبنى كلام ابن الجنيد على دعوى ظهور نصوص التنصيف بعد الإقراع و عدم اليمين منهما فى العول، ضروره ان بينه كل منهما تقتضى الكل و هما متعذران فيحصل النقصان عليهما، و من هنا اتجه التعديه إلى التثليث لو كانوا ثلاثه و التربيع لو كانوا أربعه و هكذا، و ليس الا لما ذكرنا.

و منه مفروض المسأله التى لا يمكن الجمع فيها بين بينه النصف مثلا و بين بينه الكل، فنقول فى النصف كما عالت فى الأول، فيوزع عليهما أثلاثا، لان نسبه الكل الى النصف كذلک، فالعول عنده نحو العول فى الفرائض لو لا نصوص أهل العصمه (ع) ، لقضاء كل بينه مثلا بمقتضاها نحو قوله للزوج النصف و للأختين من الأب الثلثان و من الام الثلث، لا مثل العول فى تزاحم الديون على التركه الذى مرجعه عند التأمل أيضا الى ذلک» .

أقول: ان الخلاف بين المشهور و ابن الجنيد يرجع الى ان المشهور يقولون بتقسيم مدلول البينتين و مورد النزاع بينهما، و ابن الجنيد يقول بتقسيم مورد دعوى المدعيين و هو الكل من أحدهما و النصف من الأخر و المفروض هو الإشاعه، فيكون الحاصل عدم استثناء النصف بناء على الثانى و استثناؤه بناء على الأول، فالدليل الأول لما ذهب اليه ابن الجنيد هو الإشاعه فى الاجزاء، و الثانى ما ذكره

صاحب الجواهر من دعوى ظهور نصوص التنصيف بعد الإقراع و عدم اليمين منهما فى العول.

قلت: أما الأول ففيه: ان تصـرف أحد المالكين فى الملك المشاع يكون على نحوين، أحدهما غير جائز و هو التصرف الخارجى لتوقفه فى كـل جزء على اذن الشـريك، و الأـخر جائز بلا اذن منه مثل أن يبيع نصـفه المشاع، و ما نحن فيه-و هو إثبات الملكيه بالبينه-كالبيع المذكور فإنه ليس تصرفا فى مال الشريك.

و بعبـاره أخرى: العوارض الخارجيه التى تعرض العين المملوكه على الإشاعه يتوقف إيرادها على اذن الشـريک، و أما العوارض التى تعرض الملكيه كـالبيع فلاـ و مـا نحن فيه من قبيـل الثـانى لا الأول، فيكون النصف المشاع الـذى لا معارض لمـدعى الكل بالنسـبه إليه ملكـا له، و يقع التعـارض بين البينـتين فى النصف الأـخر فهو مورد النزاع، و طريق رفع هـذا النزاع فى صوره تسـاوى البينتين تقسيمه بينهما بالتنصيف، كما إذا كان مورد النزاع عينا منحازه يدعيها كل واحد من المدعيين.

و أمـا الثـانى ففيه-كمـا فى الجواهر-ان محـل النصوص حيث لا يسـلم جزء من العين لا نزاع فيه، اما فى المفروض فلا دلاله فيها عليه، بل لعل ظاهر مرسل ابن المغيره (۱)عن الصادق عليه السّلام: «فى رجلين كان بينهما درهمان، فقال أحدهما الدرهمان لى و قال الأخر: هما بينى و بينک، فقال أبو عبـد اللّه عليه السّـلام: اما الـذى قال: هما بينى و بينک فقد أقر بأن أحد الدرهمين ليس له فيه شىء و انه لصاحبه، و اما الأخر فبينهما» خلاف ذلک «و كذا مرسل ابن أبى حمزه (۱)عنه أيضا» .

۱- ۱) وسائل الشيعه ۱۳-۱۶۹ الباب ۹ من كتاب الصلح.

هذا و قد فصل المحقق العراقی فی المقام فقال: «لو ادعی دارا فی ید زید بأجمعها و ادعی عمرو نصفها فتاره تکون دعوی التمام بسبب غیر قابل للتفکیک بین النصفین و اخری علی نحو قابل للتفکیک بینهما من حیث الصدق و الکذب، فعلی الأول: تکون دعوی النصف مزاحمه لدعوی التمام دون الأخر، و لازمه حینئذ تزاحم بینتهما، و فی مثله لا مجال لتوهم الأخذ بالبینه بالنسبه إلی النصف بلا معارض بل و لا مجال للأخذ بدعواه بملاک الدعوی بلا معارض، لما عرفت من أن دعوی الملکیه علی النحو المزبور معارض بدعوی النصف من غیره.» أی: ان قال أحدهما بأن هذه الدابه نتجت عندی، أی کلها لی، و قال الأخر: هی بیننا-أی علی النصف-من جهه الإرث، فإذا أقاما البینه علی دعواهما کانت البینتان متعارضتین و لیس فی البین قدر متفق علیه بین الطرفین، و حینئذ یحکم بینهما علی طریق العول. نعم إذا قال هذا هی کلها لی، فقال الأخر: قد بعتنی نصفها، فهنا لا نزاع بینهما فی أحد النصفین.

هذا توضیح ما ذکره، لکن نقول: ان کانت حجیه البینه فی باب القضاء من باب الطریقیه إلی الواقع، فإن البینه القائمه علی ملکیه النصف بالإرث تسقط عن الطریقیه و الکاشفیه مع وجود المعارض، و هو البینه القائمه علی ملکیه الکل بالنتاج، لکن البینه هنا جعلت حجه لأجل فصل الخصومه و رفع النزاع، فإذا أقامها أحدهما علی ملکیه الکل و الأخر علی ملکیه النصف فقد جعل الشارع الحکم بالتنصیف لفصل الخصومه مع ان الحاکم یعلم علما إجمالیا بکذب احدی البینتین.

و بما ذکرنا أجاب المحقق الآشتیانی عن توجیه صاحب الجواهر لمذهب ابن الجنید بأن الطرفین مالکان لجمیع الاجزاء علی الإشاعه فقال: بأن ما ذکره یتم بناء علی الطریقیه، و اما بناء علی السببیه فلا، فان دلیل حجیه البینه فی باب القضاء یقتضی سببیه البینه فیحکم بحسبها حکما ظاهریا، و علی هذا فالنصف الذی لا یدعیه أحدهما یخرج عن محل النزاع و تکون بینه الأخر سببا لملکیته له، و یبقی النصف

الأخر و يتعارض السببان فيه فيقسم بينهما بالتنصيف فيتم رأى المشهور.

و أجاب عن الدليل الأول بأن مجرد وقوع النزاع على سبيل الإشاعه الساريه فى جميع الاجزاء لا يقتضى عدم سلامه جزء لمدعى الكل، إذ كما يقال ان كل جزء يفرض من العين يريد مدعى النصف نصفه، كذلك يقال ان كل جزء يريد مدعى النصف من المجموع نصفه يبقى نصفه الأخر لمدعى الكل بلا منازع، و مدعى الكل و ان كان مقصوده رفع يد مدعى النصف من كل جزء لكن بالنسبه إلى نصفه، فهو انما يقيم البينه على المجموع من حيث اشتماله على المدعى و هو النصف، لا ان يكون المقصود هو إثبات الكل من البينه من حيث الكل كما قد يتوهم، فالتزاحم انما وقع حقيقه بالنسبه الى نصف الكل، فلا بد من الحكم بتقسيم البينتين بالنسبه إليه فتقسم العين أرباعا، ثلاثه أرباع لمدعى الكل و واحد لمدعى النصف.

حكم ما لو ادعى أحدهم نصف الدار و الأخر الثلث و الثالث السدس

و يدهم عليها:

قال المحقق قدس سره: «و لو ادعى أحدهم النصف و الأخر الثلث و الثالث السدس و كانت يدهم عليها فيد كل واحد منهم على الثلث، لكن صاحب الثلث لا يدعى زياده على ما فى يده، و صاحب السدس يفضل فى يده ما لا يدعيه هو و لا مدعى الثلث، فيكون لمدعى النصف، فيكمل له النصف» .

أقول: الحكم فى هذا الفرع واضح، و لا فرق فى ذلك بين إقامتهم البينه و عدمها، و من هنا قال المحقق: «و كذا لو قامت لكل منهم بينه بدعواه» .

قال فى الجواهر: «و كأن المصنف نبّه على حكمها لمكان خلاف بعض العامه فيها، حيث جعل مع إقامتهم البينه لمدعى النصف ثلثا و نصف سدس، بناء على أن السدس الزائد على ما فى يده لا يدعيه على مدعى السدس خاصه، بل انما يدعيه شائعا فى بقيه الدار و هى فى يد الآخرين جميعا، فنصفه على مدعى الثلث و عارضت فيه بينته و ترجحت باليد على تقدير إقامتهما البينه، و قدم قول ذى اليد

على تقدير عدمها، و نصفه على مدعى السدس فيحكم به لمدعى النصف ببينته، لان بينه مدعى السدس لا تعارضها، فيجعل لمدعى النصف ثلث و نصف سدس، و للآخرين مدعاهما، و يبقى بيد مدعى السدس نصف سدس لا يدعيه أحد» .

و فيه أولا: ان هذا القول مبنى على تقديم بينه الداخل و هو خلاف التحقيق.

و ثانيا: ان الدعوى ليست على الآخرين، بل انه يدعى كون نصف الدار له، و حينئذ تكون يد ذى اليد كالعدم، فلا بيد حتى يقال بتقدم بينه ذى اليد.

و ثالثا: ان صاحب السدس يقر بعدم ملكيته للقدر الزائد الذى فى يده، فلما ذا لا يؤخذ منه ذلك لمدعى النصف الذى يدعيه مع وجود البينه.

حكم ما لو ادعى أحدهم الكل و الأخر النصف و الثالث الثلث:

قال المحقق قدس سره: «و لو ادعى أحدهم الكل و الأخر النصف و الثالث الثلث و لا بينه، قضى لكل واحد بالثلث، لان يده عليه، و على الثانى و الثالث اليمين لمدعى الكل، و عليه و على مدعى الثلث اليمين لمدعى النصف» .

أقول: فى هذا الفرع خمس صور، ذكر المحقق قدس سره منها صورتين و صاحب الجواهر قدس سره ثلاث صور:

فالصوره الاولى من الصورتين: أن لا تكون لأحدهم بينه، و الحكم فيها ما ذكره المحقق قدس سره من أنه يكون لكل واحد منهم ما فى يده و هو الثلث، غير أن مدعى النصف و مدعى الثلث يحلفان لمدعى الكل، لان الخارج له-مع عدم البينه-حق اليمين على الداخل، كما أن لمدعى النصف حق اليمين على مدعى الثلث فى مقابل نصف السدس و على مدعى الكل فى مقابل النصف الأخر.

و الصوره الثانيه منهما: ان يكون لكل منهم بينه. قال المحقق: «و ان أقام كل منهم بينه، فان قضينا مع التعارض ببينه الداخل فالحكم كما لو لم تكن بينه، لان لكل واحد بينه و يدا على الثلث.

و ان قضينا ببينه الخارج و هو الأصح كان لمدعى الكل مما فى يده ثلاثه من

اثنی عشر بغیر منازع، و الأربعه التی فی ید مدعی النصف لقیام البینه لصاحب الکل بها و سقوط بینه صاحب النصف بالنظر إلیها إذ لا تقبل بینه ذی الید، و ثلاثه مما فی ید مدعی الثلث، و یبقی واحد مما فی ید مدعی الکل لمدعی النصف، و واحد مما فی ید مدعی الثلث یدعیه کل واحد من مدعی النصف و مدعی الکل، یقرع بینهما و یحلف من یخرج اسمه و یقضی له، فان امتنعا قسم بینهما نصفین.

فیحصل لصاحب الکل عشره و نصف، و لصاحب النصف واحد و نصف و تسقط دعوی مدعی الثلث» .

أی: انه حیث یکون لکل منهم بینه مع الید یحکم الحاکم لکل بما فی یده، لکن بینه کل واحد منهم بالنسبه الی ما یدعیه مما فی ید الأخر بینه الخارج، فمدعی النصف تتقدم بینته فی نصف السدس فی ید مدعی الکل فیأخذه، ثم ان مدعی الکل بدعی علی مدعی النصف فیأخذ منه الأربعه، و یدعی علی مدعی الثلث کل ما فی یده، لکن مدعی النصف یطالب بنصف السدس فیقع التعارض فیه بین مدعی الکل و مدعی النصف فیقترع، فمن خرج اسمه و حلف أخذ، فإن امتنع فالآخر، و حیث یمتنعان عن الیمین فالتنصیف. فیکون لمدعی الکل من الاثنی عشر ۵-۱۰ و لمدعی النصف ۵-۱. و لا شیء لمدعی الثلث لسقوط دعواه من جهه کون بینته داخله، و قد ذکرنا انها لا تؤثر مع وجود الخارج.

و أما الصور الثلاث التی ذکرها صاحب الجواهر:

فالأولی: أن یکون لمدعی الکل فقط بینته، و حینئذ فهو خارج بالنسبه الی ما فی ید الآخرین، فیحکم له ببینه و یکون الکل له.

و الثانیه: أن یکون لمدعی الثلث فقط بینته. و حینئذ یأخذ ما فی یده من غیر یمین ان قلنا بکفایه البینه عنه. و فی کشف اللثام: «أخذه-أی الثلث-الذی بیده أو الذی بأیدی الباقین» و الباقی یکون بین الآخرین، لمدعی الکل السدس من الباقی بغیر یمین لعدم المنازع له فیه، و یحلف علی السدس الأخر الذی یدعیه الان

مدعی النصف علیه، کما ان مدعی النصف یحلف علی جمیع ما یأخذه من السدسین لمدعی الکل الذی یدعیهما علیه.

و الثالثه أن یکون لمدعی النصف فقط بینه، فإنه یأخذ من کل من الآخرین نصف سدس فیتم له مع ما فی یده النصف الذی یدعیه. ثم ان النصف الباقی یقسم بین الآخرین بالتساوی، فیکون لکل منهما سدس و نصف أی لکل ۳ من ۱۲ قاله فی الجواهر.

و فیه: انه بعد ما أخذ مدعی النصف نصفه یکون السدس من النصف الباقی خارجا عن النزاع فیکون لمدعی الکل، و یبقی النزاع فی السدسین الباقیین و هی الأربعه التی بید مدعی الثلث فان کلا من مدعی الکل و مدعی الثلث یدعیه و حیث لا بینه یقسم بینهما بالتنصیف، فیتحصل من ذلک أنه یعطی لمدعی النصف ۶ و لمدعی الکل ۴ و لمدعی الثلث ۲، فما ذکره قدس سره لا یتم علی مذهب المشهور و لا علی مذهب ابن الجنید.

و قال کاشف اللثام انه بناء علی عدم سماع بینه الداخل یأخذ مدعی النصف ان أقام البینه ثلاثه من مدعی الکل و ثلاثه من مدعی الثلث و یرفع الید عن الثلث -أی الأربعه-الذی فی یده لهما.

و کذا قال فیما لو أقام مدعی الثلث البینه و أسقطنا بینه الداخل.

لکن القدر المتیقن من تقدم الخارج علی الداخل أن یکون الشیء المتنازع فیه مفروزا غیر مشاع، و أما فیما نحن فیه تکون الدعوی علی الحق المشاع فی مورد الدار، قال فی الجواهر: و قد یناقش فیه بأنه لا یتم ذلک فی المشاع، بل مناف لما تسمعه من اقامه کل منهم البینه المنزله علی ما فی یده الا ما زاد علیه، علی أن البینه لا تزید علی إثبات المشاع الذی کانت تقتضیه الید، و کأن الذی أحوجه الی ذلک ذکرهم البینه هنا.

و ظاهر هم عدم الاحتیاج معها الی یمین مع معروفیه تقدیم بینه الخارج عندهم،

کمعروفیه عـدم الاکتفـاء بها عن الیمین فی الـداخل، و مع هـذه المقـدمات یقتضـی تنزیل مفاد البینه علی الخارج بالتقریر الـذی ذکره.

الاـ أن ذلک کله کما تری، بل کلام الأصـحاب فیما لو أقام کل منهم البینه کالصـریح فی خلافه، فلا محیص عن حمل کلامهم هنا علی تقدیر تقدیم بینه الداخل أو علی الاکتفاء بها عن الیمین، أو التزام الیمین علی ما فی الید فتأمل.

أقول: لعل وجهه ان وجود الفرق بین الاجزاء المشاعه و الاجزاء المنحاز بعضها عن بعض واضح، لأنه فی المشاع لما یضع الثلاثه أیدیهم یکون بید کل ثلث عرفا، الا انه لا یملک کل واحد ما کان تحت یده بل تعتبر السلطنه لکل علی الثلث المشاع، و یعرض کـل ثلث مـا یعرض المشاع کجواز بیع السـهم المشاع فی کل الاجزاء. فمن قال بحجیه بینه ذی الیـد فـدلیله العمومات و هی هنا تتقدم بتأیّدها بالید و من قال بتقدم بینه الخارج فدلیله التفصیل فی الحدیث لکونه قاطعا للشرکه.

لکن الملاـک الموجود فی الجزء المنحـاز موجود فی هـذا المقـام، فیکون جواب الجواهر عن کلاـم کاشف اللثام فیه تأمل، أی یمکن ان یقول العلماء فی الثلث المشاع کقولهم فی المنحاز لوحده الملاک.

و لو کـانت یـدهم جمیعا خارجه و اعترف ذو الیـد بأنه لا یملکها و لا بینه فللمسـتوعب النصف، لعـدم المنازع له فیه من کل من مـدعی النصف و الثلث، و یقرع فی النصف الأخر، فإن خرجت لمـدعی الکل أو للثانی حلف و أخذ، و ان خرجت للثالث حلف و أخذ الثلث، ثم یقرع بین الآخرین فی السدس، فمن خرج حلف و أخذ.

و لو أقـام أحـدهم خـاصه بینه، فـان کانت لمـدعی الکل أخـذ الجمیع، و ان أقامها مـدعی النصف أخـذه، و یبقی لمـدعی الکل السـدس بغیر منـازع، و الثلث یتنـازع فیه مع مـدعیه، و الحکم فیه کما لو لـم تکن بینه، و لو أقامها مـدعی الثلث أخـذه و لمـدعی الکل السدس أیضا بغیر منازع، و النصف یقرع فیه بین مدعیه و مدعی الکل.

و ان أقام كل منهم بينه و تساوت فالنصف لمـدعى الكل لعـدم المنازع له فيه، و السدس الزائد على الثلث يتنازعه مدعى الكل و مـدعى النصف، و قـد تعـارضت فيه بينتاهما، و الثلث يـدعيه الثلاثه و قـد تعارضت فيه البينات الثلاث، فيقرع بين المتنازعين فيما تنازعوا فيه، فمن خرج اسـمه حلف و أخـذ، و ان نكلوا اقتسـموا المتنازع فيه، فيقسم مدّعى الكل و مدعى النصف السدس بينهما نصـفين، لأنهمـا يتنازعـان فيه، دون مـدعى الثلث، و أمـا الثلث فيقتسـمونه أثلاثا بينهم، فيكون لمـدعى الكل النصف بلا منازع و نصف السدس و ثلث الثلث و لمدعى النصف ثلث الثلث و نصف السدس، و لمدعى الثلث ثلث الثلث خاصه و هو التسع.

و تصح فى سته و ثلاثين، للمستوعب خمسه و عشرون: ثمانيه عشر بلا نزاع، و ثلاثه نصف السدس الزائد، و أربعه ثلث الثلث.

و لمدعى النصف سبعه: ثلاثه نصف السدس، و أربعه ثلث الثلث.

و لمدعى الثلث أربعه، ثلث الثلث.

و أما على العول الـذى ذهب اليه ابن الجنيـد فتصـح فى أحد عشـر: لمدعى الكل سته، و لمدعى النصف ثلاثه، و لمدعى الثلث ثلثان، لان فريضتهم من سته، و يعال عليها نصفها و ثلثها.

حكم ما لو كانت فى يد أربعه.

قـال المحقق قـدس سـره: «و لو كانت فى يـد أربعه، فادعى أحـدهم الكل و الأخر الثلثين و الثالث النصف و الرابع الثلث ففى يد كل واحد ربعها. فان لم تكن بينه قضينا لكل واحد بما فى يده، و أحلفنا كلا منهم لصاحبه» .

أقول: اى انه فى صوره عـدم البينه لما كان لكل واحـد منهم يـد على ربع العين فان اليـد مع اليمين حجه، فحجه كل واحـد منهم حينئذ معارضه بحجيه الأخر فلا شىء لأحدهم بلا منازع.

قال: «و لو كانت يدهم خارجه و لكل بينه خلص لصاحب الكل الثلث، إذ لا مزاحم له» .

أقول: قال فى الجواهر: مع تداخل الدعاوى بعضها فى بعض و اراده القضاء فيها أجمع، لا ان له ذلك على كل حال، حتى لو أراد رفع اليد عن الدعوى أو كانت الدعاوى مترتبه و كان القضاء بين كل واحده مع الأخرى مستقلا، الا مع إقرار المدعى بالثلث مثلا ان له ذلك فى النصف المدعى به مثلا.

قال: «و يبقى التعارض بين بينه مدعى الكل و مدعى الثلثين فى السدس فيقرع بينهما فيه» .

أقول: قد عرفت مرارا ان القرعه تكون مع تساوى البينتين عددا و عداله، و حينئذ فمن خرج اسمه حلف و أخذ و الا حلف الأخر، فإن امتنعا قسم بينهما نصفين.

قال: «ثم يقع التعارض بين بينه مدعى الكل و مدعى الثلثين و مدعى النصف فى السدس أيضا، فيقرع بينهم فيه» .

أى: على ما تقدم من اشتراط التساوى.

قال: «ثم يقع التعارض بين الأربعه فى الثلث فيقرع بينهم، و يختص به من تقع القرعه له، و لا يقتضى لمن يخرج اسمه الا مع اليمين» .

فان قيل: إذا كان المرجع هو القرعه، فإن من الممكن ان تخرج القرعه لمدعى الكل فى كل مره.

فأجاب المحقق قده بقوله: «و لا يستعظم أن يحصل بالقرعه الكل لمدعى الكل، فان ما حكم اللّه تعالى به غير مخطئ» .

قال: «و لو نكل الجميع عن الايمان قسمنا ما يقع التدافع فيه بين المتنازعين فى كل مرتبه بالسويه» .

هذا هو الحكم فى كيفيه القسمه.

قال: «فتصح القسمه من سته و ثلاثين سهما

«لمـدعی الکل عشـرون» اثنا عشـر بلا نزاع، و ثلاثه نصف السـدس الـذی تنازع فیه مع مـدعی الثلثین، و اثنان ثلث السدس الذی تنازع فیه معه أیضا و مع مدعی النصف، و ثلاثه ربع الثلث الذی تنازع فیه مع الجمیع.

«و لمـدعی الثلثین ثمانیه» ثلاثه نصف السـدس الـذی تنازع فیه مع مـدعی الکل، و اثنان ثلث السدس الذی تنازع فیه معه أیضا و مع مدعی النصف، و ثلاثه ربع الثلث الذی تنازع فیه مع الجمیع.

«و لمدعی النصف خمسه» اثنان ثلث السدس الذی تنازع فیه مدعی الجمیع و مدعی الثلثین، و ثلاثه ربع الثلث الذی تنازع فیه مع الجمیع.

«و لمدعی الثلث ثلاثه» ربع الثلث الذی تنازع فیه مع الجمیع.

هذا ان أقام کلهم بینه.

و أن أقام أحدهم فقط بینه حکم له.

هذا کله مع خروج المدعی به عن أیدیهم.

قال المحقق: «و لو کان المدعی فی ید الأربعه، ففی ید کل واحد ربعها. فإذا أقام کل واحد منهم بینه بدعواه قال الشـیخ: یقضی لکل واحد بالربع، لان له بینه و یدا» .

ای: بناء من الشیخ علی تقدیم بینه الداخل علی الخارج.

«و الوجه القضاء بینه الخارج علی ما قررناه» فیما سبق.

و علی المختار: «فیسـقط اعتبار بینه کل واحـد بالنظر الی ما فی یـده، و یکون ثمرتها فیما یدّعیه مما فی ید غیره، فیجمع بین کل ثلاثه علی ما فی ید الرابع و ینتزعه لهم، و یقضـی فیه بالقرعه و الیمین، و مع الامتناع بالقسـمه، فیجمع بین مدعی الکل و النصف و الثلث علی ما فی ید مدعی الثلثین، و ذلک ربع اثنین و سبعین»

لأنا نريد عددا لربعه ثلث و تسع و لتسع ربعه نصف، و الاثنان و السبعون كذلك «و هو» أى الربع ثمانيه عشر.

فمدعى الكل يدعيها أجمع، و مدعى النصف يدعى منها سته، و مدعى الثلث يدعى اثنين.

و على هذا: «فتكون عشره منها لمدعى الكل لقيام البينه بالجميع الذى تدخل فيه العشره، و يبقى ما يدعيه صاحب النصف و هو سته يقرع بينه و بين مدعى الكل فيها و يحلف» أى من خرج اسمه و يأخذ، و ان امتنع حلف الأخر و أخذ «و مع الامتناع يقسم بينهما» نصفين كما عرفت.

«و ما يدعيه صاحب الثلث و هو اثنان يقرع عليه بين مدعى الكل و بينه، فمن خرج اسمه أحلف و أعطى، و لو امتنعا قسم بينهما» نصفين كما عرفت.

«ثم يجمع دعوى الثلاثه على ما فى يد مدعى النصف، فصاحب الثلثين يدعى عليه عشره» و ذلك لأنه يدعى الثلثين و هو ثمانيه و أربعون-من الاثنين و السبعين-و بيده ثمانيه عشر، فالباقى له ثلاثون، على كل من الثلاثه الآخرين عشره.

«و مدعى الثلث يدعى اثنين. و يبقى فى يده» أى فى يد مدعى النصف و هو الثمانيه عشر «سته لا يدعيها الا مدعى الجميع، فتكون» أى السته «له» أى لمدعى الكل لقيام البينه على الجميع الذى تدخل فيه «و يقارع الأخيرين» أى فى العشره و الاثنين «ثم يحلف» من يخرج اسمه و يأخذ و الا فالآخر «و ان امتنعوا أخذ نصف ما ادعياه» من كل واحد منهما، فيأخذ من العشره خمسه و من الاثنين واحدا.

«ثم يجتمع الثلاثه على ما فى يد مدعى الثلث و هو ثمانيه عشر، فمدعى الثلثين يدعى منه عشره، و مدعى النصف يدعى سته، و يبقى اثنان لمدعى الكل.

و يقارع على ما أفرد للآخرين، فان امتنعوا عن الايمان قسم ذلك بين مدعى الكل و بين كل واحد منهما بما ادعاه» .

«ثم تجتمع الثلاثه على ما فى يد مدعى الكل» و هو ثمانيه عشر «فمدعى

الثلثين یـدعی عشـره و مـدعی النصف یدعی سـته و مدعی الثلث یدعی اثنین، فتخلص یده عما کان فیها» لان ذلک تمام ثمانیه عشر.

«فیکمل لمدعی الکل سـته و ثلاثون من أصل اثنین و سـبعین» و ذلک أربعه عشر مما فی ید مدعی الثلثین و اثنا عشر مما فی ید مدعی النصف و عشره مما فی ید مدعی الثلث.

«و لمدعی الثلثین عشـرون» و ذلک خمسه مما فی ید مدعی النصف و خمسه أخری مما فی ید مدعی الثلث، و عشره مما فی ید مدعی الکل.

«و لمـدعی النصف اثنا عشـر» و ذلک ثلاثه مما فی یـد مـدعی الثلثین و ثلاثه أخری مما فی یـد مدعی الثلث، و سـته مما فی ید مدعی الکل.

«و لمدعی الثلث أربعه» . و ذلک اثنان مما فی ید مدعی الکل، و اثنان مما فی أیدی الباقین.

«هذا ان امتنع صاحب القرعه عن الیمین و منازعه» و الا کان الحاصل غیر ذلک.

هذا ان أقام کل منهم بینه.

و لو أقام أحدهم خاصه بینه حکم له کما هو ظاهر.

ص:۲۴۴

(المسأله السابعه)

اشاره

(حكم تداعى الزوجين متاع البيت)

قال المحقق قدس سره: «إذا تداعى الزوجان متاع البيت قضى لمن قامت له البينه. و ان لم تكن بينه فيد كل واحد منهما على نصفه. قال فى المبسوط:

يحلف كل منهما لصاحبه. و قال فى الخلاف: ما يصلح للرجال للرجال و ما يصلح للنساء للمرأه و ما يصلح لهما يقسم بينهما و فى روايه انه للمرأه. و ما ذكره فى الخلاف أشهر فى الروايات و أظهر فى الأصحاب» .

أقول: إذا تداعى الزوجان متاع البيت بأن ادعى كل منهما ملكيه المتاع الموجود فى بيتهما، فاما تكون بينه و اما لا تكون، فان كانت قضى بالمتاع لمن قامت له البينه سواء كان الرجل أو المرأه بلا خلاف كما فى الجواهر عن الرياض.

و ان لم تكن بينه قيد كل واحد من الزوجين تكون على نصف المتاع الذى فى يدهما، لكن كلا منهما يدعى النصف الأخر فما هو الحكم؟ فى المسأله ثلاثه أقوال أو أربعه، و منشأ تعدد الأقوال و الخلاف بين الأصحاب هو اختلاف أخبار المسأله، و الأقوال ثلاثه منها للشيخ:

فالأول: انه يحلف كل منهما للآخر، كغير المتاع من الأشياء حيث يتداعى فيه اثنان أو أكثر مع كون الشىء فى أيديهما «سواء كان مما يختص بالرجال

ص:۲۴۵

أو النسـاء أو يصـلح لهما، و سواء كانت الـدار لهما أو لأحـدهما، و سواء كانت الزوجيه باقيه أو زائله، و يسـتوى فى ذلك تنازع الزوجين و الوارث» و هـذا ما قاله الشـيخ فى المبسوط و تبعه العلامه فى القواعد، و فخر المحققين فى الإيضاح كما فى الجواهر، و قد أشرنا إلى دليله.

و الثانى: ان ما يصـلح للرجال للرجل و ما يصـلح للنساء للمرأه و ما يصـلح لهما يقسم بينهما. و هـذا ما قاله الشـيخ فى الخلاف و تبعه العلامه فى التحرير، و الشهيد فى الدروس، بل فى المسالك نسبته إلى الأكثر، بل عن الخلاف و السرائر الإجماع عليه.

و يدل عليه-مع الإجماع المذكور-عده اخبار عمدتها صحيح النخاس الآتى.

و الثالث: ان المتاع كله للمرأه «لأنها تأتى بالمتاع من أهلها» و هـذا ما أفتى به الشـيخ فى الاسـتبصار كما فى الجواهر، و يدل عليه صحيح عبد الرحمن بن الحجاج الآتى.

فهـذه ثلاثه أقوال، و قد اختار المحقق هنا و فى النافع القول الثانى منها، و نسـبه فى نكت النهايه إلى المشـهور، و عن العلامه فى المختلـف الرجوع فى المسـأله إلى العرف و العـاده حيث قـال: «و المعتمـد أن نقول انه ان كـان هنـاك قضـاء عرفى يرجع اليه و يحكم به بعد اليمين، و الا كان الحكم فيه كما فى غيره من الدعاوى.

لنـا: ان عـاده الشـرع فى بـاب الـدعاوى بعـد الاعتبـار و النظر راجعه الى مـا ذكرنا، و لهـذا حكم بقول المنكر مع اليمين بناء على الأصـل، و بـان المتشـبث اولى من الخـارج، لقضـاء العـاده بملكيه ما فى يـد الإنسان غالبا، و حكم بإيجاب البينه على من يـدعى خلاف الظاهر و الرجوع الى من يدعى الظاهر، و اما مع انتفاء العرف فلتصادم الدعويين مع عدم الترجيح لأحدهما فتساويا فيها.

و اعلم ان ما رواه الشيخ من الأحاديث يعطى ما فصلناه نحن أولا. و يدل عليه حكمه عليه السّلام بأن العاده قاضيه بأن المرأه تأتى بالجهاز من بيتها فحكم لها به، و ان العاده قاضيه بأن ما يصلح للرجال خاصه فإنه يكون من مقتضياته دون مقتضيات المرأه، و كذا ما يصلح للمرأه خاصه يكون من مقتضياتها دون مقتضيات الرجل، و المشترك يكون للمرأه قضاء لحق العاده الشائعه. و لو فرض خلاف هذه العاده فى وقت من الأوقات أو صقع من الأصقاع لم يحكم لها» .

و هذا الذى ذكره العلامه جعله فى المسالك قولا رابعا فى المسأله، لكن صاحب الجواهر أرجعه إلى القول الثانى، فقال بعد ان أورد عباره المختلف: «ان مبناه أولا و آخرا الرجحان الناشئ من العاده و لو لكون الشيء لا يصلح إلا لأحدهما فإن العاده قاضيه بذلك، فمرجع كلام المشهور حينئذ الى ذلك، خصوصا بعد تصريح ابن إدريس الذى قد عرفت دعواه الإجماع على ذلك فيما حكى عنه بذلك» و فى الجواهر عن التنقيح انه بعد ان اختار القول الأول قال: «لتكافؤ الدعويين من غير ترجيح، و لان الحكم بما يصلح له لو كان حقا لزم الحكم بمال شخص معين لغيره لكونه صالحا لذلك الغير و هو باطل. بيان اللزوم: انه جاز ان يموت للمرأه أب أو أخ فترث منه عمائم و طيالسه و دروعا و سلاحا، و تموت للرجل أم أو أخت فيرث منها حليا و مقانع و قمصا مطرزه بالذهب، و يكون ذلك تحت أيديهما، فلو حكم لكل بما يصلح له لزم الحكم بمال الإنسان لغيره.

لا- يقال: قال النبى صلّى اللّه عليه و آله: نحن نحكم بالظاهر و اللّه أعلم بالسرائر. و ما ذكرنا هو الظاهر. لأنا نقول: نمنع ان ذلك هو الظاهر، لان الظاهر راجح غير مانع من النقيض، و مع ما ذكرنا من الاحتمال لا رجحان.

و اما ما ذكره العلامه من العرف فممنوع، لانه لو كان قاعده شرعيه لزم الحكم بذلك فى غير الزوجين لو حصل التداعى بين رجل و امرأه فى متاع هذا شأنه، و هو باطل» .

أقول: اما منعه كون الظاهر ذلك فممنوع، و كذا منعه ما ذكره العلامه،

و الالتزام بما ذکره من اللازم غیر بعید.

و اما إشکال الجواهر علی قول العلامه بأن «کلامه عند التأمل فی غایه البعد، إذ حاصله استفاده الحکم الشرعی من الحکم العادی، و هو واضح الفساد، ضروره عدم مدخلیه للعاده فی الأحکام الشرعیه. و بالجمله: کلامه لا یرجع الی حاصل ینطبق علی القواعد الشرعیه الموافقه لأصول الإمامیه و ان مال إلیه جماعه ممن تأخر عنه» .

ففیه: انه ان کان مراد العلامه کون السیره العقلائیه علی ذلک و انها حجه مع عدم الردع، فیجوز الرجوع إلیها و التعویل علیها فالإشکال غیر وارد، بل قوله علیه السّلام «قد علم من بین لابتیها.» یقتضی الإمضاء، فما المانع من أن یکون المتعارف هنا حجه؟ و أما اخبار المسأله فقد عرفت أن عمدتها صحیح النخاس الدال علی القول الثانی، و هو عن الصادق علیه السّلام انه قال «إذا طلق الرجل امرأته و فی بیتها متاع فلها ما یکون للنساء، و ما یکون للرجال و النساء یقسم بینهما. قال: و إذا طلق الرجل المرأه فادعت ان المتاع لها، و ادعی الرجل ان المتاع له کان له، ما للرجال و لها ما للنساء» (۱).

و صحیح عبد الرحمن بن الحجاج الدال علی القول الثالث، قال: «سألنی أبو عبد اللّه علیه السّلام کیف قضی ابن أبی لیلی؟ قلت: قد قضی فی مسأله واحده بأربعه وجوه، فی التی یتوفی عنها زوجها فیجیء اهله و أهلها فی متاع البیت، فقضی فیه

بقول إبراهيم النخعی: ما کان من متاع الرجل فللرجل، و ما کان من متاع النساء فللمرأه و ما کان من متاع یکون للرجل و المرأه قسمه بینهما نصفین.

ثم ترک هذا القول فقال: المرأه بمنزله الضیف فی منزل الرجل، لو أن رجلا- أضاف رجلا- فادعی متاع بیته کلف البینه، و کذلک المرأه تکلف البینه، و الا فالمتاع للرجل. و رجع الی قول آخر فقال: القضاء ان المتاع للمرأه الا أن یقیم الرجل البینه علی ما أحدث فی بیته، ثم ترک هذا القول و رجع الی قول إبراهیم الأول.

فقال أبو عبد اللّه علیه السّلام: القضاء الأخیر و ان کان رجع عنه، المتاع متاع المرأه الا أن یقیم الرجل البینه، قد علم من بین لابتیها-یعنی: بین جبلی منی- ان المرأه تزف الی بیت زوجها بمتاع-و نحن یومئذ بمنی-» (۱).

و وجه الجمع بینهما: ان دعوی الرجل ملکیه ما یصلح للرجل تحتاج إلی إثبات، لان المتاع الذی تأتی المرأه به اما ملک لها و اما باق علی ملک أبیها، فلو ادعی التملیک له بهبه أو نحوها کان علیه الإثبات.

و لا یمکن تقیید ملکیه المرأه أو أبیها بغیر ما یصلح للرجل، لکن العکس صحیح بأن نقول: کل ما یصلح للرجال فللرجل، إلا إذا کانت المرأه قد جاءت به من بیت أهلها.

و أما قوله علیه السّلام فی ذیل خبر النخّاس: «و من استولی علی شیء فهو له» فیمکن ان یکون المراد منه نفس المراد من صدره، أو یراد منه أمر آخر، و هو أنه لو کان بعض المتاع بید أحدهما خاصه فهو له، فیکون حاصل الجمع: ان ما کان تحت ید أحدهما الخاصه دون الید البیتیه فهو له، ثم یقضی فی الباقی بکون ما یصلح للرجال للرجل و ما یصلح للمرأه فلها، و المشترکات تقسم، و الأقرب ظهوره فی هذا المعنی.

و هذا الذی ذکرناه فی الجمع بین الخبرین هو مقتضی العرف و العاده.

۱- ۱) تهذیب الاحکام ۶-۲۹۸ و أنظر ما بعده.

و هذا هو الحكم سواء كان النزاع بين الزوجين أو بين ورثه أحدهما مع الآخر.

حكم ما لو ادعى أبو الميته أنه أعارها بعض المتاع:

قال المحقق: «و لو ادعى أبو الميته أنه أعارها بعض ما فى يدها من متاع أو غيره، كلف البينه كغيره من الأسباب» .

أى: لعمومات البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه.

قال: «و فيه روايه بالفرق بين الأب و غيره ضعيفه» .

أقول: هى ضعيفه عند المحقق، و ذلك على احتمال فى الكافى و التهذيب، و هى فى الفقيه صحيحه جزما على ما قيل كما فى الجواهر.

و هى روايه جعفر بن عيسى قال: «كتبت الى ابى الحسن-يعنى: على بن محمد-المرأه تموت فيدعى أبوها انه كان أعارها بعض ما كان عندها من متاع و خدم، أتقبل دعواه بلا بينه أم لا تقبل دعواه بلا بينه؟ فكتب اليه عليه السلام: يجوز بلا بينه.

قال: و كتبت اليه ان ادعى زوج المرأه الميته أو أبو زوجها أو أم زوجها فى متاعها و خدمها مثل الذى ادعى أبوها من عاريه بعض المتاع و الخدم، أ يكون فى ذلك بمنزله الأب فى الدعوى؟ فكتب: لا» (۱).

ص:۲۵۰

و قـد أطنب ابن إدريس فى ردهـا بوجوه، فقال ما نصه كما فى الجواهر: «و لقـد شاهـدت جماعه من متفقهه أصـحابنا المقلـدين لشواذ الكتـاب يطلقون بـذلك، و أن أبا الميته لو ادعى كل المتاع و جميع المال كان قوله مقبولا بغير بينه، و هـذا خطأ عظيم فى هذا الأمر الجسيم، لأنهم ان كانوا عاملين بهذا الحديث فقد أخطأوا من وجوه:

أحدها: انه لا يجوز العمل بأخبار الآحاد عند محصلى أصحابنا على ما كررنا القول فيه و أطلقناه.

و الثانى: ان من يعمل بأخبار الآحاد لا يقول بذلك و لا يعمل به الا إذا سمعه من الراوى من لشارع.

و الثـالث: ان الحـديث مـا فيه انه ادعى أبوهـا جميع متاعهـا و خـدمها، و انمـا قال لبعض ما كان عنـدها، و لم يقل لجميع ما كان عندها.

ثم انه مخـالف لأـصول المـذهب و لمـا عليه إجماع المسـلمين ان المـدعى لا يعطى بمجرد دعواه. ثم لم يورد هـذا الحـديث الا القليـل من أصـحابنا، و من أورده فى كتـابه لاـ يورده إلا فى باب النوادر، و شـيخنا المفيـد و سـيدنا المرتضـى لم يتعرضا له و لا أورداه فى كتبهما، و كذلك غيرهما من محققى أصحابنا، و شيخنا أبو جعفر ما أورده فى كتبه بل فى كتابين منها فحسب، إيرادا لا اعتقادا، كما أورد أمثاله من غير اعتقاد لصحته.

ثم شـيخنا أبو جعفر الطوسـى رجع عنه و ضـعفه فى جواب المسائل الحائريات المشـهوره عنه المعروفه.» قلت: لكن هـذه الوجوه بعضها مبنى على مسلكه، و بعضها غير وارد، لانه خلاف الظاهر.

ص:٢٥١

و كون الروايه مطابقه للقاعده الشرعيه غير بعيد، فإذا أعطى الأب شيئا الى ابنته فى تجهيزها و غيره، فادعت تمليكه ذلك إياها، فأنكر الأب ذلك، كان القول قوله، لأن الأصل عدم انتقال الملك.

نعم لو انتقل ما كان بيدها الى ورثتها، و وقع النزاع بينهم و بين الأب، فقالوا: هذا لا منّا و هو لنا الان بالإرث، فقال الأب: هو لى و لم أملّكها المال، كان الأب مدعيا و كان عليه إقامه البينه.

فعلى الوجه الأول تكون الروايه مطابقه للقاعده، و على الثانى مخالفه، و الظاهر هو الأول، لأنهم يقرون بإعطاء الأب المال لامهم.

ص:۲۵۲

الکلام فی:دعوی المواریث

اشاره

و فیه مسائل

ص:۲۵۳

(المسأله الاولی)

اشاره

لو مات المسلم عن ابنین فتصادقا علی إسلام

أحدهما قبل الموت و اختلفا فی الأخر

قال المحقق قدس سره: «لو مات المسلم عن ابنین، فتصادقا علی تقدّم إسلام أحدهما علی موت الأب، و ادعی الأخر مثله فأنکر أخوه: فالقول قول المتفق علی إسلامه مع یمینه أنه لا یعلم أن أخاه أسلم قبل موت أبیه» .

أقول: لو مات المسلم عن ابنین مثلا، فتصادق الابنان علی إسلام أحدهما فی حال حیاه الأب، و ادعی الأخر نفس الدعوی لکی یشترک معه فی الإرث فأنکر أخوه ذلک، فالقول قول المتفق علی إسلامه قبل موت الأب مع یمینه علی عدم العلم بالنسبه إلی إسلام أخیه قبل موت الأب. کذا ذکره من تعرض لهذه المسأله کما فی الجواهر.

و فی المسأله ثلاث صور: (۱) الجهل بتاریخ موت الأب و إسلام الابن المختلف فیه معا. (۲) أن یکون تأریخ موت الأب معلوما و تاریخ إسلام الابن المختلف فیه مجهولا (۳) أن یکون تأریخ إسلام الابن المختلف فیه معلوما و تاریخ موت الأب مجهولا.

ص:۲۵۵

أمـا الصوره الاولى: فلا ريب فى إرث المتفق عليه دون الأخر، لان إسـلامه مسـبوق بالكفر و تأريخه مجهول، فيستصـحب عـدمه حتى موت الأب، و يكون أثر هذا الاستصحاب شرعا عدم استحقاق الولد الذى لم يثبت إسلامه عند موت الأب، و المفروض أن لا وارث غيره الا المتفق عليه فيستقل بالتركه بحسب أدله الإرث.

و لا يعارضه استصحاب عدم الموت حتّى زمان الإسلام، لأن هذا الاستصحاب ليس بحجه، لأنه مثبت.

و أما فى الصوره الثانيه فكذلك، فإنه يجرى الاستصحاب، و يترتب عليه الأثر الشرعى المذكور.

و أشـكل فى الجواهر فى الحكم المـذكور المبتنى على الاستصـحاب من جهتين، إحـداهما: ان ظـاهر الكون فى دار الإسـلام هو إسـلام الابن، و هـذا الظـاهر مقـدم على الأصـل و هو الاستصـحاب. و الثـانيه: بأن الإرث تقتضـيه القرابه حسب الأدله فى كتاب الإرث، و الكفر مانع عن الاسـتحقاق، فإذا وجـد المقتضـى-و هو هنا الولديه-و شك فى المانع-و هو الكفر-أثر المقتضـى أثره، فيستحق المختلف فيه الإرث كأخيه.

و فى كلتا الجهتين نظر، أما الأولى: فإن كون الإسـلام ظاهر من فى دار الإسلام صحيح، لكنه يقتضى الحكم بإسلام من كان فيها مع الجهل بحاله، و أما من كان مسبوقا بالكفر يقينا-كما فى مفروض المسأله-فلا يقتضى كونه فى دار الإسلام إسلامه، فلا ظاهر فى مقابل الأصل فى هذا المقام.

و أمـا الثـانيه: فـإن قاعـده المقتضـى و المـانع-بنـاء على تماميتهـا-تجرى فى صوره عـدم جريـان استصـحاب المانع، مثلا: إذا تمّ استصحاب الفسق لا يتحقق للأب ولايه عند الشك فى ثبوتها، مع أن نفس الأبوه مقتضيه للولايه.

على أن أدله إرث الولد مخصـصه بعدم كفره-سواء كان الكفر مانعا أو كان الإسلام شرطا-و مع الشك فى إسلام الولد فى حال موت الأب يكون التمسك

بأدله الإرث من التمسک بالعام فی الشبهه المصداقیه.

فالحق ما ذهب الیه المشهور، و ان الاستصحاب یفید الحکم بعدم الإرث، أی ان نفس عدم الإسلام کاف لعدمه.

قال المحقق: «و کذا لو کانا مملوکین فأعتقا و اتفقا علی حریه أحدهما و اختلفا فی الأخر» .

أی ان ذلک نظیر الصورتین المذکورتین، و الحکم نفس الحکم لجریان الاستصحاب کذلک.

و أما الصوره الثالثه فلا یجری فیها الاستصحاب المذکور فی الصورتین السابقتین، و سیذکرها المحقق مستقله فی المسأله الثانیه.

حکم ما لو اتفقا علی أن أحدهما لم یزل مسلما و اختلفا فی الأخر:

و لو اتفقا علی أن أحدهما لم یزل مسلما و اختلفا فی الأخر، فقد جزم فی کشف اللثام بأن القول قول الأخر المختلف فیه، و احتمله الشهید الثانی فی المسالک، لان ظاهر الدار تشهد له، و لیس مع صاحبه أصل یستصحب هنا، لعدم الحاله السابقه، فالحکم هو اشتراکهما فی الإرث، لظاهر دار الإسلام.

و بما ذکرنا ظهر الفرق بین هذا الفرع، و بین الصورتین اللتین قلنا بجریان الاستصحاب فیهما، فقول صاحب الجواهر: «و من هنا لو اتفقا» لم یظهر وجهه.

کما لا یجوز التمسک لاستحقاقه بأدله الإرث، لأنه من التمسک بالعام فی الشبهه المصداقیه.

حکم ما لو ادعی کل منهما انه لم یزل مسلما و أنکر الأخر:

و لو ادعی کل من الابنین أنه لم یزل مسلما و أنکر الأخر فقال: بل أسلمت بعد موت الأب، فالحکم هو اشتراکهما فی المیراث، لان ظاهر دار الإسلام یشهد لکل واحد، و فی الاستدلال بعمومات الإرث هنا أیضا ما عرفت.

ص:۲۵۷

و فی کشف اللثام: «نعم ان کانت الدار دار کفر و کان إسلام المورث مسبوقا بکفره، احتمل ترجیح الظاهر علی الأصل، فلا یرث المختلف فیه ما لم یعلم انتفاء المانع من إرثه بالبینه، و لو ادعی المختلف فیه علم الأخر بحاله کان له إحلافه علی نفیه» .

و قد أشکل فیه صاحب الجواهر مشیرا الی ما ذکره سابقا من اقتضاء الولدیه للإرث، و قد عرفت الاشکال فیه.

کما أن إیراده علی قول کاشف اللثام: «و لو اتفقا علی کفر کل منهما أو رقیته زمانا، و ادعی کل منهما سبق إسلامه أو حریته علی الموت و أنکر الأخر، و لم تکن بینه، و لا ادعی أحدهما العلم علی الأخر، أو ادعاه فحلف علی العدم، لم یرث أحد منهما، لانه لا ارث ما لم یثبت انتفاء المانع، و لا مجال هنا للحلف، لان کلا منهما مدع لزوال المانع عن نفسه، و اما إنکاره ففی الحقیقه إنکار لعلمه بزوال المانع عن الأخر، و لا یفید الحلف علیه، بل خصمهما فی الحقیقه هو الوارث المسلم، فان کان غیر الامام علیه السّلام حلف علی عدم العلم بزوال المانع» غیر وارد.

هذا کله مع عدم البینه.

و لو أقام أحد الابنین بینه فی الفروع المذکوره قضی له بها.

و لو أقام کل واحد منهما بینه (فی صوره اختلافهما بأنه لم یزل مسلما و صاحبه أسلم بعد موت الأب) کانت بینه المتفق علیه خارجه و بینه الأـخر داخله، فتقدم بینه المتفق علیه علی القول بتقدم بینه الخارج و هو الأقوی کما عرفت سابقا، و اما مع القول بحجیه کلتا البینتین و تکافؤهما، و عدم تقدیم بینه مدعی تقدم الإسلام لاشتمالها علی التقدم الزمانی، و هو نقله إلی الإسلام فی الوقت السابق من جهه تناقض البینتین، فالبینتان متعارضتان، و الحکم هو القرعه کسائر موارد تعارض البینات.

و فی المسالک: ربما احتمل ضعیفا تقدیم بینه المتأخر، بناء علی انه قد یغمی علیه فی التاریخ المتقدم فیظن الشاهدان. و هو ضعیف لانه قدح فی الشاهد.

ص:۲۵۸

(المسأله الثانيه)

(حكم ما لو اتفقا ان أحدهما أسلم فی شعبان و الأخر فی أول رمضان)

(و اختلفا فی تاريخ موت الأب)

قال المحقق: «لو اتفقا أن أحدهما أسلم فی شعبان و الأخر فی غره رمضان ثم قال المتقدم: مات الأب قبل شهر رمضان، و قال المتأخر: مات بعد دخول رمضان. كان الأصل بقاء الحياه، و التركه بينهما نصفين» .

أقول: هذه هی الصوره الثالثه من صور المسأله الاولی، و هی صوره العلم بتاريخ الإسلام و الجهل بتاريخ موت الأب، فالذی أسلم فی شعبان يقول:

مات فی شعبان، و أنت أسلمت فی أول شهر رمضان، فلا تستحق للكفر، أو عدم الإسلام حين الموت، و الذی أسلم فی شهر رمضان يقول: مات بعد دخول شهر رمضان، فانا شريكك فی التركه لوجود الشرط و هو الإسلام أو عدم المانع عن استحقاق الإرث و هو الكفر.

و الحكم فی هذه المسأله هو اشتراك الأخوين فی التركه بالتنصيف، قال فی الجواهر: بلا خلاف و لا اشكال.

و دليل هذا الحكم عند المحقق هو الاستصحاب، حيث قال: «الأصل بقاء

الحیاه» .

و قد عرفت ما فیه فإنه، أصل مثبت.

و عنـد صاحب الجواهر هو عمومات الإرث بعـد عـدم ثبوت المانع فالمقتضـی حینئذ بحاله. و فیه ما عرفت من أنه من التمسـک بالعام فی الشبهه المصداقیه، لأن موضوع العمومات هو الولد المسلم فی حال موت الأب.

فالدلیل هو ظاهر دار الإسلام فتأمل (۱).

ص:۲۶۰

(المسأله الثالثه)

اشاره

(حكم ما لو كانت دار في يد انسان و ادعى آخر انها له و لأخيه إرثا)

قال المحقق قده: «دار في يد انسان و ادعى آخر انها له و لأخيه الغائب إرثا عن أبيهما و أقام بينه. فان كانت كامله و شهدت أنه لا وارث سواهما سلم اليه النصف، و كان الباقي في يد من كانت الدار في يده. و في الخلاف: و تجعل في يد أمين حتى يعود، و لا يلزم القابض للنصف اقامه ضمين بما قبض» .

أقول: في هذه المسأله فروع:

الأول: ان هذه الدعوى تسمع من هذا الشخص و يقضى له بالبينه الكامله -أي الواجده للشرائط على ما سيأتي-التي أقامها و يسلم اليه نصف الدار.

و هذا الحكم لا اشكال فيه و لا خلاف كما في الجواهر.

الثاني: و حيث أريد التنصيف للدار فمن يكون القاسم؟ قال في الجواهر: و القاسم الحاكم أو أمينه أو من في يده الدار.

أقول: أما الحاكم فلا كلام في نفوذ تقسيمه لأنه ولي الغائب، و أما أمينه فكذلك، لانه يقوم مقام الحاكم بأمره، و أما من في يده الدار فالمفروض إنكاره لحق المدعي، و بذلك يسقط عن الأمانه في نظر المدعي في الأقل، و القاسم يشترط أن يكون عادلا أمينا كما تقدم في محله، فكيف يكون هذا الإنسان قاسما في هذا المقام؟ .

الثالث: و إذا سلم نصف الدار الى المدعى فما هو حكم النصف الأخر الذى يدعى كونه للأخ الغائب؟ فيه قولان:

أحدهما: أن يكون الباقى فى يد من كانت الدار فى يده حتى مجىء الغائب.

و هو رأى الشيخ فى المبسوط و عليه الشهيد الثانى فى المسالك.

و الأخر: أن ينتزع الباقى منه و يجعل فى يد أمين حتى حضور الغائب.

و هو رأى الشيخ فى الخلاف و هو الأقوى عند صاحب الجواهر.

وجه الأول هو: ان البينه حجه بعد دعوى صاحب المال، و حيث أن الغائب غير موجود حتى يدعى، فبينه أخيه لا تثبت ملكيه الغائب للنصف الأخر، فيبقى بيد من كانت الدار فى يده كما كان.

و وجه الثانى هو: أن البينه حجه، و لا يتوقف استيفاء الحق على حكم الحاكم المتوقف على حضور المدعى و دعواه، و عليه فترفع يد ذلك الإنسان عن الباقى.

و قد قدّمنا فى محله بيان هذين القولين و أن الأقوى هو الثانى.

و قد يجعل منشأ الاختلاف صلاحيه قيام أحد الوراث مقام الميت فى إثبات الحق أو الملك، و عدمها بل يكون حق الدعوى لمجموع الورثه، فلو ادعى أحدهم و أقام البينه ثبت حقه دون غيره؟ فالعلامه فى المختلف و كاشف اللثام على الأول، و الشهيد الثانى فى المسالك على الثانى.

و الظاهر هو الأول، لأن هذا الأخ الحاضر يدعى الإرث و يريد إثباته، فإذا أقام بينه و أثبته فقد ثبت حقه و حق الغائب، و المفروض ان الغائب إذا حضر لا يطالب بأكثر من الإرث الذى يستحقه.

الرابع: انه لو أبقى النصف بيد من كانت الدار فى يده فهل يضمن أولا؟ قال المحقق: لا. للأصل و غيره بعد ثبوت الانحصار بالبينه، و لا يخفى أن هذا مبنى على صحه التضمين بالنسبه إلى الأعيان كالديون.

ما هو المراد من البينه الكامله هنا؟

قال المحقق: «و نعنى بالكامله ذات المعرفه المتقادمه و الخبره الباطنه» .

أقول: قد اختلفت عبارات الأصحاب فى معنى البينه الكامله هاهنا، ففى المسالک» ان مقتضى عباره المصنف و الأكثر أن المراد بها ذات الخبره و المعرفه بأحوال الميت، سواء شهدت بأنها لا تعلم وارثا غيرهما أم لا، و حينئذ تنقسم الى ما يثبت بها حق المدعى بأن تشهد بنفى وارث غيره، و الى غيره و هى التى لا تشهد بذلک» و قد اختار صاحب المسالک هذا المعنى. و ذكر أن الشهاده هى أن يشهد العدلان بعدم وجود وارث آخر فيما يعلمان» قال: «و لا يجب القطع بل لا يصح، و لا تبطل به شهادتهم» .

و تبعه فى ذلک كله كاشف اللثام فى تفسير عباره القواعد التى هى مثل عباره المتن.

و فى الجواهر: «الظاهر الاكتفاء فى ثبوت الوصفين بشهادتهما بذلک بعد ثبوت عدالتهما، بل الظاهر كون المراد بكمالها أنها تشهد بالنفى، و حينئذ فعدم شهادتها بذلک هو عدم كمالها، فقول المصنف: (و لو لم تكن البينه كامله و شهدت انها لا تعلم وارثا غيرهما)بمنزله التفسير لها كقوله أولا: (و شهدت)الى آخره» .

و اعترض على الشهيد الثانى و كاشف اللثام قائلا: «و ما أدرى ما الذى دعاهما الى ذلک؟ ! مع أن حمل العباره على اراده التفسير أولى كما هو صريح الإرشاد، قال: و لو ادعى ما فى يد الغير أنه له و لأخيه الغائب بالإرث، و أقام بينه كامله، بأن شهدت بنفى وارث غيرهما سلم اليه النصف» و لا ينافى ذلک قوله فى المتن «و نعنى» الى آخره المحمول على اراده بيان أن الشهاده بالنفى على وجه القطع لا تكون غالبا الا من ذى الخبره الباطنه.

و دعوى المفروغيه من الاجتزاء بشهاده ذى الخبره بنفى العلم محل منع و ان جزم به فى الدروس. كدعوى المفروغيه من عدم قبول شهاده غير ذى الخبره

بالنفی علی وجه القطع، بل هو فی الحقیقه قدح فی الشاهد العدل.

فالتحقیق حینئذ الاکتفاء بالشهاده بالنفی من العدل مطلقا، و عدم الاکتفاء بها إذا کانت بنفی العلم کذلک، إلا إذا أرید من عدم العلم النفی فیما یعلم، فإنها شهاده بالنفی حینئذ، کما هو ظاهر کلامهم خصوصا الدروس. و بهذا المعنی یمکن الفرق بین ذات الخبره و غیرها. لکن قد یقال: ان الشهاده بالنفی المزبور أیضا لا تکون الا من ذی الخبره أو شبهه» .

أقول: انه یعتبر فی هذه الشهاده ثلاثه أمور أحدها: أن یشهدا بکون الدار ملکا للمیت، و الثانی: أن یشهدا بکون الأخوین وارثین، و الثالث: أن یشهدا بعدم وجود وارث غیرهما.

لکن الأصحاب لم یتعرضوا الی اعتبار الأمر الأول، و اختلفوا فی الثالث و أنه هل یشترط أن تکون الشهاده بالنفی علی وجه القطع أولا؟ و ظاهر عباره المحقق «قده» هو ما ذکره ثانی الشهیدین، و حملها علی ما فی الجواهر خلاف ظاهرها.

نعم لا مانع من القول بالاکتفاء بالاستصحاب بالشهاده بالنفی، لخبر معاویه قال: «قلت لأبی عبد اللّه علیه السّلام: الرجل یکون فی داره ثم یغیب عنها ثلاثین سنه و یدع فیها عیاله ثم یأتینا هلاکه، و نحن لا ندری ما أحدث فی داره، و لا ندری ما أحدث له من الولد، إلا انا لا نعلم أنه أحدث فی داره شیئا و لا حدث له ولد و لا تقسم هذه الدار علی ورثته الذین ترک فی الدار حتی یشهد شاهدا عدل ان هذه الدار دار فلان بن فلان مات و ترکها میراثا بین فلان و فلان أو نشهد علی هذا؟ قال: نعم» (۱)

حکم ما لو لم تکن البینه کامله

قال المحقق: «و لو لم تکن البینه کامله و شهدت انها لا تعلم وارثا غیرهما أرجئ التسلیم حتی یبحث الحاکم عن الوارث مستقصیا بحیث لو کان وارث لظهر»

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۸-۳۴۶ الباب ۱۷ من أبواب الشهادات.

أقول: ان كانت البينه كامله دفعت الـدار إلى ذى الحق، و لو لم تكن كامله ارجىء تسـليم الـدار حتى يبحث الحاكم عن الوارث مستقصيا بحيث لو كان لبان، و لا يرجع الى أصاله عدم الوارث، لان هذا الأصل لا يفيد انحصار الوارث بالحاضر فى الظاهر، قال فى الجواهر: «على أن قاعـده الضـرر الحاصـل بضـمان من فى يـده المال لو ظهر بعـد ذلك معارضه له، فأصل البراءه من وجوب الدفع الى هذا الحاضر الذى لم يعلم انحصار الوارث فيه بحاله» .

قال المحقق: «و حينئذ يسلم الى الحاضر نصيبه و يضمنه استظهارا» .

أقول: ان الغرض من تضمين الحاضر هو الاستظهار و الاطمئنان ببقاء حق الوارث المحتمل و إمكان دفعه اليه لو ظهر، و على هذا فلا موضوعيه للتضمين، فلو كان الوارث الحاضر موثقا و كان مليّا فلا حاجه الى التضمين.

و ليس المراد من ارجاء التسليم عدم جوازه، حتى يستشكل بأن الأصل عدم الوارث، بل المراد عدم وجوبه لئلا يتضرر ذو اليد لو ظهر الوارث، و على هذا فلو شاء ان يسـلم الى الحاضـر كان له ذلك، نعم إذا كان الغرض حفظ حق الوارث المحتمل لم يجز له الدفع الا مع التضمين أو الوثوق.

و قـد يناقش بأن المفروض سـقوط ذى اليـد عن الأمانه بإنكاره دعوى الوارث الحاضـر، فلو لم تسـلم الدار الى الحاضـر بالبينه و الأصل وجب عليه تسليمها الى الحاكم، فلا وجه لإبقائها فى يده على كل حال.

على أن جواز تسـليمه الـدار الى الحاضـر-كمـا فى الجواهر-يعنى قيـام الحجه الشـرعيه على مالكيته، فسواء أريـد من إبقائها دفع الضـرر عن ذى اليـد أو عن الوارث المحتمل يجب انتزاع الدار من يده، و اما إذا لم تتم الحجه للوارث الحاضـر فلا يجوز تسـليم شىء إليه حتى مع التضمين.

هـذا كله إذا لم يكن الوارث الحاضـر ذا فرض. و أمـا إذا كـان ذا فرض لا ينقص عن فرضه على كل تقـدير، كالزوجه مع الابن، فان لها الثمن سواء كان للابن

المذكور أخ أو وارث آخر أولا-فلا إشكال فی وجوب دفع نصيبه تاما اليه.

قال المحقق: «و لو كان ذا فرض أعطى مع اليقين بانتفاء الوارث نصيبه تاما، و على التقدير الثانی يعطيه اليقين ان كان وارث، فيعطى الزوج الربع» أی: لاحتمال وجود ولد منها «و الزوجه ربع الثمن» أی: لاحتمال وجود زوجات له ثلاثه، و يكون الإعطاء «معجلا من غير تضمين و بعد البحث يتم الحصه مع الضمين» .

حكم ما لو كان الوارث ممن يحجبه غيره:

قال: «و ان كان الوارث ممن يحجبه غيره كالأخ، فإن أقام البينه الكامله أعطى المال. و ان أقام بينه غير كامله أعطى بعد البحث و الاستظهار بالضمين» .

أقول: ان كان الوارث ممن يحجبه غيره عن الإرث كالأخ المحجوب بالأبوين و الأولاد فلا يعطى شيئا، لعدم العلم بكونه وارثا، فان ادعى ذلک فإن أقام البينه الكامله أعطى المال كله. و ان أقام بينه ناقصه أعطى بعد البحث عن الحاجب مع الاستظهار بالضمين.

هذا و فی المسالک تبعا للدروس: «و لو صدق المتشبث المدعی على عدم وارث غيره فلا عبره به ان كان المدعى به عينا، لأنه إقرار فی حق الغير، و ان كان دينا أمر بالتسليم، لأنه إقرار فی حق نفسه، لانه لا- يتعين للغائب على تقدير ظهوره الا بقبضه أو قبض وكيله. و قد تقدم البحث فی نظيره من دعوى وكاله الغائب فی الأمرين» .

و قد وافقهما على ذلک كاشف اللثام قال: «و حكم الدين حكم العين فی جميع ذلک، إلا فی وجوب انتزاع حصه الغائب فقد يقال بالعدم. و الفرق بأن الأحوط هنا العدم، لانه لا يتلف ما لم ينتزع لتعلقه بالذمه، و بأن العين شیء واحد شهدت به البينه، و الدين حقوق متفرقه بعدد مستحقيه. و يفارقها أيضا فی أنه لا يكفی فی العين تصديق صاحب اليد فی الانحصار و يكفی فی الدين، فإذا صدقه أعطى نصيبه كاملا من غير بحث، أخذا بإقراره» .

قلت: قد ذكرنا سابقا فى مسأله ما لو تنازع اثنان فى عين بيد ثالث فصدق الثالث أحدهما: أن المصدق يكون حينئذ ذائد على العين و يكون الأخر مدعيا له، و الأمر فيما نحن فيه كذلك، بل هو اولى لكون الوارث الأخر محتمل الوجود لا مقطوعه، فتسلم العين الى هذا المصدق، فان حضر الوارث المحتمل و اقام البينه بحصته أخذ و الا فلا.

و أما على ما ذكروا فان الفرق المذكور بين العين و الدين صحيح، و اشكال صاحب الجواهر غير وارد.

ص:۲۶۷

(المسأله الرابعه)

(حكم ما إذا ماتت امرأه و ابنها و تنازع زوجها و أخوها فى تاريخ موتهما)

قال المحقق قدس سره: «إذا ماتت امرأه و ابنها، فقال أخوها: مات الولد أولا ثم المرأه، فالميراث لى و للزوج نصفان، و قال الزوج: بل ماتت المرأه ثم الولد فالمال لى، قضى لمن تشهد له البينه» .

أقول: إذا ماتت امرأه و ابنها و لم يعلم سبق أحدهما و لا الاقتران، و وقع النزاع بين زوجها و أخيها، فقال أخوها: مات الولد أولا ثم ماتت المرأه، فالميراث الحاصل من تركه المرأه بما فيه إرثها من الولد لى و للزوج، لكل نصف. و قال الزوج بل ماتت المرأه أولا، فارثها لى و لولدها ثم مات الولد من بعدها فالمال كله لى، ففى المسأله صور:

الاولى: ان يكون لأحدهما خاصه بينه على ما يدعيه، و لا اشكال و لا خلاف كما فى الجواهر فى انه يقضى لصاحب البينه.

الثانيه: ان يكون لكليهما بينه، و حينئذ إذا تكافئتا سقطتا بالتعارض، و الحكم هو الرجوع الى القرعه، فمن خرج اسمه حلف و أخذ و الا احلف الأخر، و ان امتنعا قسم المدعى به بينهما نصفين.

اى: انه ان كان الولد قد مات قبل امه فيستحق الأخ نصف تركه المرأه، و ان كان قد مات بعدها فلا يستحق شيئا، فمورد النزاع نصف تركه المرأه، فإذا وقعت

القرعه و امتنعا عن اليمين قسم النصف بينهما نصفين، فيكون للأخ الربع و للزوج ثلاثه أرباع.

و الثالثه: ان لا يكون لأحدهما بينه.

قال المحقق: «و مع عدمها لا يقضى بإحدى الدعويين، لانه لا ميراث الا مع تحقق الحياه، فلا ترث الام من الولد و لا الابن من أمه، و يكون تركه الابن لأبيه و تركه الزوجه بين الأخ و الزوج» .

فظهر ان الحكم فى هذه الصوره كون تركه الابن كلها لأبيه بعد يمين الأب أنه ما مات قبل أمه، و تكون تركه الزوجه بين الأخ و الزوج-بعد يمين الأخ أنها ما ماتت قبل ولدها-لكل منهما نصف، إذ ليس هنا نصف مفروغ عنه للزوج كما فى الصوره الثانيه حيث أقام كلاهما البينه، لأن اليمين تنفى وارثيه الميت من قبل، و ليس لازم هذا النفى-و هو الموت من بعد-أثرا شرعيا، بخلاف البينه هناك فان لازمها حجه، و هذا هو سر الفرق بين الصورتين.

هذا كله مع الجهل بتأريخ موتهما.

و لو كان تاريخ موت أحدهما متفقا عليه بينهما كأن يكون موت الابن فى يوم الجمعه فيستصحب حياه الأم حتى يوم السبت فترث الابن و تموت، فهما فى تركتها شريكان بالتنصيف، و ان كان العكس يستصحب حياه الابن فيرث أمه، فإذا مات كان جميع التركه للأب.

و لو علم إجمالا بتقدم تاريخ موت أحدهما على موت الأخر، فلا يحلّفان حتى ينفى التوارث، بل يقرع لأجل تعيين الوارث.

(المسأله الخامسه)

(حکم ما لو تنازع وارث المیت و زوجته حول شیء من الترکه)

قال المحقق: «لو قال: هـذه الأمه میراث أبی، و قالت الزوجه: هذه أصدقنی إیاها أبوک، ثم أقام کل منهما بینه قضـی ببینه المرأه لأنها تشهد بما یمکن خفاؤها علی الأخری» .

أقول: لو وقع النزاع بین الوارث و زوجته فی شیء من الترکه، فقال الوارث هذا میراث أبی فهو لی، و قالت الزوجه: هذا أصدقنی إیاه أبوک ففی المسأله صور.

الاولی: ان لا یکون للزوجه المدعیه بینه، فان القول قول الوارث بیمینه لأن الأصل عدم الاصداق.

و الثانیه: ان تقیم الزوجه بینه. فلا کلام فی انه یقضی لها.

و الثالثه: ان یقیم کل منهما بینه فهنا أیضا یقضی للزوجه بتقدیم بینتها، لأنها تشهد بما یمکن خفاؤه علی بینه الوارث.

و کذا لو کانت العین فی ید أجنبی لا یدعیها.

و لو وقع التعارض بین البینتین کـأن تـدعی الزوجه الاصـداق فی یوم الجمعه فتشـهد بینتهـا بـذلک ثم تشـهد بینه الوارث بموت المورث فی یوم الخمیس، فقد یقال بترجیح بینه الوارث، لکونه ذا الید و کون مدعاه أسـبق زمانا، و مع عدم المرجح فالحکم هو القرعه أو التنصیف بدونها.

ص:۲۷۰

الكلام فی:الاختلاف فی الولد

اشاره

ص:۲۷۱

مقدمه:

لا ریب فی عدم لحوق الولد بأبین فصاعدا عندنا و ان کانا قد واقعا فی طهر واحد، للاخبار و الإجماع. خلافا للمحکی عن أبی حنیفه من الإلحاق بهما مع الاشتباه، بل عن بعضهم الإلحاق بثلاثه، بل عن المتأخرین منهم جواز الإلحاق بألف أب علی قول أبی حنیفه، بل عنه أیضا الإلحاق بأمین إذا تنازعتا و اشتبه الأمر، بل قد یأتی بناء علی ما تقدم ذکره عن متأخریهم جواز إلحاق الولد بألف أم.

و لعل هؤلاء قالوا بذلک علی أساس القیاس عندهم، فقاسوا هذا المورد بمسأله شرکه الأبوین فی الأولاد، فإن الولد یتکون من ماء الرجل و المرأه معا حیث قال تعالی «یَخْرُجُ مِنْ بَیْنِ اَلصُّلْبِ وَ اَلتَّرائِبِ» (۱)و لذا یرث الولد أبویه، فکما یکونان شریکین فی الولد لتولده منهما کذلک یکون الولد ملحقا بالأبوین فصاعدا لتولده منهما.

لکنه-مع ابتنائه علی القیاس الباطل-فاسد من جهه أنه إذا انعقدت النطفه من الرجل و المرأه فقد تم الأمر، و فی بعض الروایات دلاله علی ذلک، فلو واقع هذا الرجل أو غیره تلک المرأه لم یکن للماء الجدید أی علاقه بما کان من الماء الأول و لکل موضع غیر موضع الأخر.

ثم ان الرجوع الی القائف واضح الفساد کذلک، فإنه لا عبره بالقیافه عندنا، و لا تکون ملاکا للإلحاق، و ان تحققت المشابهه بین الولد و أحد الرجلین غالبا،

۱- ۱) سوره الطارق،۷.

فان الشارع قد أسقط هذه الغلبه عن الاعتبار، على أنه قد لا يشبه الابن أباه الحقيقى فى الأوصاف.

و بعد هذا كله نقول: ان عمده الأدله فى الاختلاف فى الولد هو قوله صلّى اللّه عليه و آله «الولد للفراش و للعاهر الحجر» (۱)فقيل معناه: الولد لمالك الفراش، و فى المصباح المنير: «و قوله عليه الصلاه و السلام: الولد للفراش أى للزوج، فان كل واحد من الزوجين يسمى فراشا للآخر كما سمى كل واحد منهما لباسا للآخر» .

و كيف كان فان الحديث لا يعم النكاح الفاسد. و قال السيد فى العروه بأن المراد هو الفراش الفعلى سواء أمكن إلحاقه بالفراش السابق أولا. و عن القواعد: انه لو كان زوجا فى نكاح فاسد لم يظهر فساده للزوجين ففى انقطاع إمكانه نظر، من تحقق الفراش ظاهرا و انتفائه حقيقه.

صور الاختلاف فى الولد

اشاره

هذا و فى المسأله صور:

الصوره الأولى:

إذا لم يكن فى البين فراش أصلا، بل وطئ اثنان امرأه عن سفاح لم يلحق الولد بأحدهما. و أثر ذلک عدم التوارث فقط، و أما الآثار الأخرى كالنظر و النكاح ان كان الولد بنتا فإنه يجوز لكل منهما نكاحها، و يحرم عليه النظر إليها للأصل. أما هى فلا يجوز لها ذلک مع أحدهما لعلمها إجمالا بكونها لأحدهما.

و بالجمله ان وطئاها عن زنا لم يلحق الولد بأحدهما شرعا، نعم لا يبعد الرجوع الى القرعه لتعيين من هو له منهما لأجل ترتّب الآثار من النفقه و نحوها، اللهم الاّ أن يقال بعدم ترتّب شىء من الآثار مطلقا. لكن لا تعرض هنا ظاهرا فى الاخبار و الفتاوى إلى القرعه.

و الصوره الثانيه:

ان تحقق الوطء من الرجلين بشبهه و فى طهر واحد كان

۱- ۱) وسائل الشيعه ۱۴-۵۶۵

المرجع القرعه، لإمكان كون الولد من كل منهما، فمن خرج اسمه ألحق به.

و الصوره الثالثه:

أن يعقد كل منهما عقدا فاسدا. و المرجع هنا أيضا القرعه.

و الصوره الرابعه:

أن يطأ اثنان امرأه و هى زوجه لأحدهما و مشبهه على الأخر، و الحكم عند الأصحاب هو الرجوع الى القرعه.

و قد ذكر المحقق حكم الصور الثلاث الأخيره بقوله:

«إذا وطئ اثنان امرأه وطءا يلحق به النسب اما بأن تكون زوجه لأحدهما و مشبهه على الأخر، أو مشبهه عليهما، أو يعقد كل منهما عليها عقدا فاسدا ثم تأتى بولد لسته أشهر فصاعدا ما لم يتجاوز أقصى الحمل فحينئذ يقرع بينهما» .

فان قيل: مقتضى الحديث الشريف: «الولد للفراش و للعاهر الحجر» هو إلحاق الولد فى الصوره الرابعه بالزوج، لانه صاحب الفراش و ان كان «للعاهر الحجر» لا ينطبق على الواطئ هنا، لعدم تحقق الموضوع و هو الزنا فى هذه الصوره، و بالجمله يجرى هذا الحديث فى صوره وجود فراش-زوجا كان أو مولى-سواء كان الوطء الأخر عن زنا أو شبهه، و لا يتحقق لأحد هذين فراش حتى يكون وطؤه وطأ يلحق به النسب، حتى يقع التعارض و يشكل الأمر فيرجع الى القرعه.

بل لقد تمسك الامام عليه السّلام بالحديث حيث لا يوجد فيه الزنا و لا شبهه، ففى خبر الصيقل: «عن رجل اشترى جاريه ثم وقع عليها قبل أن يستبرئ رحمها. قال:

بئس ما صنع يستغفر اللّه و لا يعود.

قلت: فان باعها من آخر و لم يستبرئ رحمها ثم باع الثانى من رجل آخر فوقع عليها و لم يستبرئ رحمها فاستبان حملها عند الثالث. فقال أبو عبد اللّه عليه السّلام الولد للفراش و للعاهر الحجر» (۱).

اذن لا ينحصر مجرى الحديث بمورد وجود الزنا أو الوطى بشبهه فالرجوع

إلى القرعه لما ذا؟ قلت: ان الواطئ بشبهه ليس بصاحب فراش-خلافا لصاحب الجواهر- لكن دليل القول بالقرعه فی هذه الصوره هو الإجماع.

قال المحقق: «سواء كان الواطئان مسلمين أو كافرين، أو عبدين أو حرين، أو مختلفين فی الإسلام و الكفر و الحريه و الرق، أو أبا و ابنه» .

أقول: قال فی الجواهر: بلا خلاف معتد به أجده بيننا فی ذلك بل الظاهر الإجماع عليه، بل ادعاه بعض صريحا.

و يدل عليه صحيح الحلبی عن الصادق عليه السّلام: «إذا وقع المسلم و اليهودی و النصرانی على المرأه فی طهر واحد أقرع بينهم، فكان الولد للذی تصيبه القرعه» (۱).

قال فی الجواهر: نعم عن لقطه المبسوط أن المسلم و الحر أولى، و لكن قد استقر الإجماع على خلافه.

هذا مع عدم العلم بسبق أحدهما.

و لو علم سبق أحدهما على الأخر فی الوطء ففی إلحاقه بالأخير أو القرعه كذلك بحث.

هذا كله إذا كان الوطی منهما فی طهر واحد، فإن وطأ أحدهما فحاضت، ثم وطئ الأخر، فهل يكون الإلحاق بالقرعه أيضا؟ نعم، لإمكان كونه من الأول، لأن الحمل و الحيض قد يجتمعان.

لكن فی القواعد و كشف اللثام: «انه إذا كان ذلك انقطع الإمكان عن الأول لأن الحيض علامه براءه الرحم شرعا، الا ان يكون الأول زوجا فی نكاح صحيح لكون الولد للفراش، الا ان يعلم الانتفاء، و تخلل الحيض لا يفيد العلم به هنا، لقوه الفراش» .

و أشكل عليه فی الجواهر بقوله: الا انه لا يخفى عليك ما فيه على كل

۱- ۱) وسائل الشيعه ۱۷-۵۷۱.

من تقديرى مجامعه الحيض للحمل و عدمه، و قوه الفراش لو كانت تنفع لنفعت فى اجتماعهما فى طهر واحد أيضا.

قالا: و لو كان زوجا فى نكاح فاسد لم يظهر فساده للزوجين ففى إمكانه نظر، من تحقق الفراش ظاهرا و انتفائه حقيقه.

أقول: هذه صوره أخرى بالإضافه إلى الصور السابقه، و هو أن يكون الأمر دائرا بين الوطء بشبهه-بمعنى كونه زوجا ظاهريا-و بين الزنا أو الوطى بشبهه ممن ليس بزوج ظاهرى، و تفيد هذه العباره التوقف فى إمكان معارضه الوطء بشبهه لصاحب الفراش، من جهه التأمل فى صدق الفراش على الفراش الظاهرى، و هذا يؤيد ما ذكرناه سابقا كما لا يخفى، و الحكم فى هذه الصوره هو الإلحاق بالفراش الظاهرى للحديث الشريف بناء على صدق الفراش، و الا فالقرعه.

قال المحقق: «هذا كله إذا لم يكن لأحدهم بينه» .

أقول: يعنى ان الرجوع الى القرعه هو فيما إذا لم يكن لأحد الواطئين بينه، أو كان لكل واحد منهم و تعارضتا لعدم المرجح، و الا حكم بالبينه لمن كانت له أو كانت بيّنته أرجح.

لكن البينه تفيد فيما إذا علم بتحقق وطئ واحد، ثم اشتبه الواطئ بين اثنين فتشهد البينه أنه هذا لا ذاك لكونه معهما فى سفر مثلا، و أما إذا وقع الوطء من اثنين فلا يمكن للبينه تعيين من يلحق به الولد منهما.

قال المحقق: «و يلحق النسب بالفراش المنفرد، و الدعوى المنفرده، و بالفراش المشترك، و الدعوى المشتركه، و يقضى فيه بالبينه و مع عدمها بالقرعه» .

أقول: أما الفراش المنفرد فواضح، و أما الدعوى المنفرده فتكون بالنسبه إلى صبى مجهول النسب، فلو ادعاه و لا معارض له فى هذه الدعوى ألحق به، و لا يسمع إنكاره بعد كبره، نعم فى الكبير المجهول النسب خلاف سنشير اليه.

و لو اشترك اثنان أو أزيد فى هذه الدعوى قضى بالبينه، و مع عدمها أو تعارضها

بالقرعه. و أما الفراش المشترک فقد عرفت الکلام فیه.

و لا فرق عندنا فی الدعوی بین الرجل و المرأه، فلو استلحقت ولدا فان لم ینازعها أحد لحق بها، و ان نازعها کان الولد لذات البینه، و مع عدمها أو تعارضها فالمرجع القرعه.

فروع ذکرها فی الجواهر عن بعض الأصحاب:

و هنا فروع أوردها صاحب الجواهر عن بعض الأصحاب، و نحن نوردها تبعا له:

«من انفرد بدعوی مولود صغیر فی یده لحقه الا- أن یضر بغیره، کأن یکون معتقا ولاؤه لمولاه، فان بنوته تقتضی تقدمه علی المولی فی الإرث، فإن بلغ و انتفی عنه لم یقبل نفیه إلا ببینه، استصحابا لما ثبت شرعا، و کذا لو أقر بالمجنون فأفاق و أنکر، و لیس لأحدهما إحلاف الأب، لأنه لو جحد بعد الإقرار لم یسمع» .

قال فی الجواهر: «و لا یخفی علیک وجه البحث فی ذلک» .

«لو ادعی نسب بالغ عاقل فأنکر لم یلحقه إلا بالبینه. و ان سکت لم یکن تصدیقا» قلت: بل الأظهر کونه تصدیقا، فإذا سکت کانت دعوی المدعی بلا معارض.

«لو ادعی نسب مولود علی فراش غیره بأن ادعی وطئا لشبهه لم یقبل و ان وافقه الزوجان، بل لا بد من البینه علی الوطی لحق الولد» .

«لو تداعیا صبیا و هو فی ید أحدهما لحق بصاحب الید خاصه علی اشکال فی أن الید هل ترجح کما یرجح الملک» أی علی ذاک إقامه البینه، و مع عدمها لحق بصاحب الید علی اشکال فی عموم أدله حجیه الید للإنسان الذی لیس مملوکا بل حرّ منسوب، فقد یقال بعدم صدق الید علی الحر، و حینئذ فالملاک البینه و الا فالقرعه.

«لو استلحقه صاحب الید و لو ملتقطا و حکم له شرعا لم یحکم للآخر إلا ببینه» .

«لو استلحق ولدا و قال: انه من زوجتی هذه فأنکرت الزوجه ولادته ففی

لحوقه بهـا بمجرد إقرار الأب نظر» أى: لأن هـذه الـدعوى ليست بلا معارض لأنها عارضت، فى الجواهر: بل منع لكونه إقرارا فى حق الغير. أقول: و لكن أثر وجوب النفقه و نحوه مترتب على هذا الإقرار.

«لو بلغ الصبى بعد أن تداعاه اثنان قبل القرعه فانتسب إلى أحدهما قبل، و أشكله بعض بأنه إقرار فى حق الغير مع عدم دليل على قيـام تصـديقه مقام البينه أو القرعه» و الظاهر ورود هـذا الاشـكال لعـدم وجود نص يـدل على اعتبار الإقرار بالولـديه، نعم لو أقر بالرقيه لأحد قبل لانه على نفسه، كما لا سيره على القبول.

«و لا عبره بميل الطبع عندنا» أى: ان هذا لا يكون دليلا شرعيا للانتساب و ان كان وجود هذا الطبع حقيقه واقعيه.

«و ان لم ينتسب الى أحـد منهمـا أقرع ان لم ينكرهمـا معـا، و الا ـ لم تفـد القرعه بنـاء على قبول تصـديقه، و لا ـ يقبل رجوعه بعد الانتسـاب، و لا ـ اعتبـار بانتساب الصـغير و ان كان مميزا، و نفقته قبل الثبوت شـرعا عليهما، ثم يرجع من لم تلحقه القرعه به على الأخر» .

و أشـكل عليه فى الجواهر: «و فيه: ان دفعها قد كان لإقراره فلا وجه لرجوعه» الا ان يقال بان لوازم البينه حجه فعلى مقيمها جميع النفقه، لكن قلنا سابقا بأن الإقرار مقدم على جميع الأدله. هذا، و قد ذكرنا سابقا احتمال قبول دعوى الصبى فراجع» .

«لو أقام كل من المدعيين بينه بالنسب و تعارضتا و لا ترجيح. حكم بالقرعه عندنا» .

«لو أقام أحـدهما بينه ان هـذا ابنه و آخر بينه ان هـذا بنته فظهر خنثى، فان حكم بالذكوريه بالبول و غيره فهو لمدعى الابن، و ان حكم بالأنوثيه فهو لمدعى الأنثى، لأن كلا منهما لا يستحق الا من ادعاه، و ان ظهر خنثى مشكلا أقرع» .

ص:٢٧٩

خاتمه الكتاب:

أقول: هذا آخر كتاب القضاء. و قد كان الفراغ منه فى اليوم الثامن عشر من شهر ربيع الأخر من شهور السنه الثالثه بعد الأربعمائه بعد الالف من الهجره النبويه.

فى الحوزه العلميه بمدينه قم المقدسه و سيتلوه ان شاء اللّه تعالى كتاب الشهادات.

و الحمد للّه أولا و آخرا، و صلى اللّه على سيدنا محمد و آله الطيبين الطاهرين، و لا سيما آخرهم بقيه اللّه فى الأرضين، و لعنه اللّه على أعدائهم أجمعين من الأولين و الآخرين.

على ابن حجه الإسلام و المسلمين السيد نور الدين نجل آيه اللّه العظمى السيد محمد هادى الميلانى قده

ص:۲۸۰

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم

هَلْ يَسْتَوِى الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ۹

المقدمة:

تأسّس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية فى أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامى عام ۱۴۲۶ الهجرى فى المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين فى الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلة المراكز القائمة بتوفير المصادر فى العلوم الإسلامية وتبعثرها فى أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية فى أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين فى العلوم الإسلامية وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الكترونية من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهى منظمة فى برامج إلكترونية وجاهزة فى مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها.

وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدة على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبىّ عليهم السلام

تحفيز الناس خصوصا الشباب على دراسة أدقّ فى المسائل الدينية

تنزيل البرامج المفيدة فى الهواتف والحاسوبات واللابتوب

الخدمة للباحثين والمحققين فى الحوازت العلمية والجامعات

توسيع عام لفكرة المطالعة

تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها فى ملفات الكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية

إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة

الاجتنباب عن الروتينية وتكرار المحاولات السابقة

العرض العلمى البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فى نشر المعلومات

من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات فى مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما فى الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمية الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ((sms

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

١.JAVA

٢.ANDROID

٣.EPUB

٤.CHM

٥.PDF

٦.HTML

٧.CHM

٨.GHB

إعداد ۴ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمية ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

١.ANDROID

٢.IOS

٣.WINDOWS PHONE

۴.WINDOWS

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقـدم بكلمـة الشـكر والتقـدير إلى مكاتب مراجع التقليـد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسـسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة فی تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزی

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده ای، زقاق الشهيد محمد حسن التوکلی، الرقم ۱۲۹، الطبقة الأولی.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الالکترونی : Info@ghbook.ir

هاتف المکتب المرکزی ۰۳۱۳۴۴۹۰۱۲۵

هاتف المکتب فی طهران ۸۸۳۱۸۷۲۲ ـ ۰۲۱

قسم البيع ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹شؤون المستخدمين ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹.